

PROCESSO - A. I. N° 110391.0001/14-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PERENNE EQUIPAMENTOS E SISTEMAS DE ÁGUA S.A.
RECORRIDOS - PERENNE EQUIPAMENTOS E SISTEMAS DE ÁGUA S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0071-01/16
ORIGEM - INFAS F. SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0207-12/16

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** REDUÇÃO INDEVIDA DE BASE DE CÁLCULO COM BASE NO CONVÊNIO ICMS 52/91. NCM registrado nas notas fiscais de importação incorretas. NCM considerada 8419.39.00, registrada na DI confere com o produto importado e está arrolada no Convênio ICMS 52/91, por esta razão possui redução de base de cálculo. Infração insubstancial. Mantida Decisão recorrida. **b)** PROGRAMA DESENVOLVE. PRODUTO PRODUZIDO PELO ESTABELECIMENTO AUTUADO DESCONSIDERADO DO BENEFÍCIO DA DILAÇÃO. Não foi considerada diligência realizada para comprovar a real função do “sistema de secagem de lodo”. As partes, peças são montadas no estabelecimento do destinatário. O conjunto do equipamento vendido para Petrobrás têm a mesma funcionalidade dos dessalinizadores e desmineralizadores, que fazem parte da Resolução do Desenvolve do sujeito passivo e por esta razão gozam do benefício da dilação do prazo para pagamento do ICMS. Mantido débitos de erros comuns. Decisão modificada. **c)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. O produto do NCM 8421.29.90, constante nas notas de venda para Petrobrás, fez parte do Convênio ICMS 52/91 até a data de 14/10/2009, quando por meio do Convênio ICMS 89/09 teve o benefício de redução de base de cálculo cessado. Até esta data a redução era permitida. Sujeito passivo reconheceu intempestivamente em julho/10 o débito de 3 (três) notas de dezembro/09, quando não mais havia o benefício. Valores cobrados até 14/10/2009 insubstancial. Modificada Decisão recorrida. 2. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. EXIGÊNCIA. A obrigação tributária não foi cumprida integralmente e o pagamento feito, após o vencimento, mesmo, antes de qualquer autuação do contribuinte, a esse pagamento se acrescem os juros de mora e o montante conterá o valor do tributo atualizado acompanhado dos acréscimos moratórios. Assim, os acréscimos de mora, que não têm caráter punitivo, sua finalidade primordial é desestimular o cumprimento da obrigação fora de prazo. Mantida Decisão deste item. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos de Ofício e Voluntário em relação à Decisão da 1^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado 18/03/2014 que exige ICMS no valor total de R\$3.968.978,26 mais acréscimos moratórios e multa, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01. RO – 03.02.06 – Recolheu a menor ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Red. Ind. Da Base de Cálculo com base no conv. 52/91, classificação fiscal (NCM) nº. 8421.21.00, não arrolada no Anexo 01, consoante relatório demonstrando a metodologia adotada para determinar base de cálculo, o qual fica fazendo parte integrante do PAF. Valor histórico da infração R\$992.459,39.

Infração 02. RV – 03.08.04 – Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Consoante relatórios demonstrando a metodologia utilizada na aferição da regularidade da apuração e do recolhimento do ICMS devido no período fiscalizado. Valor histórico da infração R\$1.199.292,51.

Infração 03. RV e RO – 03.02.05 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consoante relatório demonstrado a metodologia adotada para determinar a base de cálculo, o qual fica fazendo parte integrante do PAF. Valor histórico da infração R\$1.699.187,04.

Infração 04. RV – 15.02.06 – Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido pela diferença de alíquota, pago intempestivamente porém espontâneo. Consoante relatórios demonstrando as operações de vendas com ICMS recolhido intempestivamente, os quais ficam fazendo parte integrante deste PAF. Valor histórico da infração R\$78.039,32.

Por meio do seu advogado, o autuado apresentou defesa administrativa às fls. 319 a 330, pleiteando a improcedência do Auto.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 336 a 340, onde decidiu manter a procedência total do Auto de Infração.

Em 19/05/2014 o Autuado fez a juntada de documentação à fl. 393, anexando ao Presente Processo o atestado de inexistência de produção nacional e o protocolo de intenções do programa desenvolve.

Em pauta suplementar, os julgadores de piso decidiram converter o processo em diligência (fl. 413) à ASTEC, sendo o Parecer acostado às fls. 415 a 417.

Foi realizado manifestação pelo autuado, quanto ao resultado da diligência realizada, às fls. 423 a 428 e uma nova Informação Fiscal foi prestada por Auditor estranho ao feito, à fl. 429.

E nessa esteira a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 1^a JJF que optou pela Procedência em Parte do Auto de Infração, nos seguintes termos.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a exigência das quatro Infrações descrita e relatadas na inicial do autos, que serão apreciadas nas linhas seguintes.

Preliminarmente, o autuado acusa violação ao princípio da tipicidade cerrada, uma vez que o Fisco Estadual pressupôs o cometimento da infração, sem atentar que não ocorreu o fato gerador; pede produção de provas, através de perícia contábil e a juntada posterior de documentos. Pede, sendo o caso, a adoção da interpretação do art. 112 do Código Tributário Nacional, mais favorável ao acusado.

O direito não assiste ao autuado, nesse quesito. A descrição das infrações nos autos foram feitas de forma que possibilitou ao autuado o amplo entendimento das acusações que lhe estavam sendo imputadas, permitindo a apresentação das suas razões da maneira e com os elementos de provas de que dispunha, ou entendeu suficientes na sustentação das suas teses. Não há falar em lesão à tipicidade cerrada ou mesmo ao princípio da verdade material, institutos caros ao direito tributário. Quando houve necessidade de complementação de informação, a fim suprir carência no entendimento da matéria em debate, o processo administrativo fiscal - PAF foi convertido em diligência à Assessoria Técnica desse Conselho - ASTEC.

Por esse mesmo motivo, resta indeferido o pedido de Perícia Fiscal (art. 147, I, "a", RPAF BA) e a interpretação mais favorável ao contribuinte (art. 112, CTN), que deve se aplicada, nos casos em que haja

dúvidas. Funda-se na noção de que havendo dúvida não devem ser criados sacrifícios injustificados e desnecessários ao patrimônio do contribuinte, do que não trata o caso presente.

Ultrapassados tais questionamentos preliminares, a infração 1 trata de recolhimento a menor do icms, no valor de R\$992.459,39, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, na operação de importação de bens do exterior (CFOP - 3101), Sistema Integrado para Secagem Contínua de borra, classificação fiscal (NCM — 8421-21.00), não arrolado no anexo 01 do Convênio ICMS 52/91 e não sendo também de produto sem similar no País.

Nas razões, o sujeito passivo admite que o NCM do produto adquirido não estava incluído no aludido convênio, no momento da importação, sendo incorporado, no entanto, 22 dias posteriores à emissão das respectivas notas, através do Convênio ICMS 89/09, efeitos a partir de 15.10.2009, que contempla outros secadores (CFOP 8419.39.00).

Ressalta que importou equipamento sem substitutivo de fabricação no país (TURBO TECNOLOGIA DE SECAGEM, patenteado pela VOMM), conforme o Atestado de Inexistência de Produção Nacional, elaborado pela Associação Brasileira de Indústria de Máquinas e Equipamentos (ABIMAQ), aduzindo que, independentemente do código utilizado, o equipamento importado faz parte de um sistema fundamental ao atendimento das finalidades previstas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia, através Resolução nº 07/2004 do DESENVOLVE, para a produção de dessalizadores e desmineralizadores.

Argui que o equívoco na classificação fiscal do equipamento (NCM — 8421-21.00) não configura fato gerador de obrigação tributária principal, regra que decorre do princípio da tipicidade cerrada, que norteia o direito tributário brasileiro e, como corolário desse, o processo fiscal administrativo exige a busca da verdade material dos fatos, devendo a autoridade tributária perquirir, com exaustão, se os fatos ocorridos no mundo social, efetivamente, realizaram a hipótese de incidência da norma.

Conclui que todos os parâmetros dos processos de TURBO DRYER ajustam-se perfeitamente às propriedades físicas e químicas dos materiais a serem secos, desconfigurando a infração, na medida em que o estabelecimento faz jus ao benefício da redução da base de cálculo, porque atendidas todas as finalidades previstas no Protocolo de Intenções, no acordo firmado com o Estado da Bahia, que habilitou o autuado aos benefícios do DESENVOLVE (Resolução nº 07/2004).

O Auditor, em sua Informação Fiscal, fls. 336/340, argumenta que o estabelecimento autuado importou matéria prima, que não estava arrolado no Convênio ICMS 52/91; aduz que a alegada importação sem similar no mercado nacional, não obstante laudo técnico da ABIMAQ, não tem previsão no Regulamento de ICMS desse Estado; o Convênio ICMS 89/09 produz efeitos a partir de 15.10.2009 para "outros secadores" (NCM 8419.39.00) e a importação foi consumada em 23.09.09.

Examinando as peças processuais, constato que a operação em debate foi realizada através da Declaração de Importação 09/1281838-1, registrada em 22.09.2009 (fls.39/44), das Notas Fiscais de Entrada nos 3637 e 3638 (fls. 37/38) emitidas pela empresa autuado, em 23.09.09, além do demonstrativo elaborado pelo Auditor fiscal (fl. 36).

A Declaração de Importação descreve o aparelho importado da seguinte forma: SISTEMA INTEGRADO PARA SECAGEM CONTINUA DE BORRA OLEOSA DE PETROLEO (PASTA LÍQUIDA DESIDRATADA) ATRAVÉS DE AQUECIMENTO POR VAPOR COM CAPACIDADE DE EVAPORAÇÃO DE 1353KG/H, MODELO ES 1100, MARCA VOMM, SERIAL NUMBER 1028B, CONSTITUÍDO POR: 1 turbo secador térmico continuo horizontal com tambor em aço inoxidável, 1 coluna de liquefação, a conjunto de rosca transportadoras helicoidais e separador de aço contínuo, 1 unidade dosadora, 1 painel de comando com ou sem controlador lógico programável (CLP)".

Essa mesma descrição consta das respectivas notas fiscais relativas à entrada do equipamento no estabelecimento importador e o respectivo código da Nomenclatura Comum do Mercosul —Sistema Harmonizado — NBM/SH (NCM 8421.2100). A posição 8421 engloba os diversos filtros, depuradores e as máquinas e aparelhos deste grupo distinguem-se nitidamente pela sua própria utilização: filtração de líquidos ou tratamento de gases.

No caso em concreto, verifico que Turbo Secador Contínuo VOMM é um avançado equipamento de secagem que permite evaporar até as últimas frações de água, obtendo um produto final anidro e, como informa o autuado, "ajusta-se perfeitamente às propriedades físicas e químicas dos materiais a serem secos, atendendo uma das finalidades previstas no Protocolo de Intenções, que prevê a aplicação de tecnologias limpas e biotecnologias".

Nesse sentido, verifico que o Convênio ICMS 52/91, que concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, na redação do Convênio ICMS 112/08, com efeito até 14.10.09, vigente, portanto, na data da importação, arrolava o maquinário em questão no capítulo 84 da tabela TIPI que descreve "aparelhos e dispositivos para tratamento de matérias que impliquem mudança de temperatura", na posição 8419 para outros secadores (8419.3900) ou na posição 8421 para aparelhos para

filtrar ou apurar líquidos para outros aparelhos para filtrar ou depurar líquidos (8421.29.90).

O fato de o contribuinte ter descrito nas notas fiscais de entrada do produto importado o NCM 8421.2100 não o desabilita ao benefício da redução da base de cálculo previsto no Convênio ICMS 52/91, conforme entendeu, por equívoco, a fiscalização. Devendo ser ainda sublinhado que na própria Declaração de Importação o equipamento foi identificado pelo NCM 8419.3900, que designa os outros secadores do capítulo "aparelhos e dispositivos para tratamento de matérias que impliquem mudança de temperatura", contemplado no Convênio ICMS 52/91 e descrito no item 9 02 (anexo 1) do Convênio ICMS 112/08.

O Convênio ICMS 89/09, de fato, somente entrou em vigência a partir de 15.10.2009, contudo, procedeu apenas a algumas alterações nos Anexos do Convênio ICMS 52/91, mantendo, inclusive, a redução para o equipamento importado, no caso em análise, descrito agora no item 15.2 (anexo 1) do Convênio ICMS 89/09 (outros secadores exceto para produtos agrícolas).

Para concluir, de acordo com a exposição retro anunciada, o direito assiste ao autuado. Nessa primeira infração, não houve a importação de matéria prima, mas de um equipamento, de um sistema de secagem da marca VOMM, modelo ES 1100, classificado, conforme constante na Declaração de Importação respectiva sob o Código da Nomenclatura Comum do Mercosul — Sistema Harmonizado — NBM/SH (NCM 8419.39.00) e com o benefício tributário previsto no Convênio ICMS 52/91, que concede redução da base de cálculo, nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas. A exigência resta descharacterizada.

Quanto à Infração 2, a acusação é de recolhimento do ICMS a menor em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia — DESENVOLVE, no valor total de R\$1.199.292,51, nos períodos alinhados na inicial dos autos.

Argumenta o sujeito passivo que as mesmas razões elencadas no item anterior desconfigura essa segunda infração, uma vez que o código inserto na Nota Fiscal difere do previsto no Anexo 01 do Convênio ICMS 52/91, e ainda mais: a) por se tratar de equipamento sem substitutivo fabricado no País, conforme atestando pela ABIMAQ; 2) pelo fato de o equipamento satisfazer plenamente às finalidades previstas no Protocolo de Intenções; 3) por ter recolhido, mesmo que intempestivamente, o complemento do ICMS no mês de Julho de 2010 a quantia de R\$ 486.814,30 com o benefício do DESENVOLVE sobre os produtos habilitados vendidos em 2009 nos meses de Outubro, Novembro e Dezembro, nos valores respectivos de R\$ 65.405,90; R\$ 312.640,90 e R\$ 108.767,63; 4) por não haver impropriedade na redução da base de cálculo do ICMS nas saídas registradas.

Contrapõe o Auditor, no momento da sua Informação Fiscal, que a infração tem dois desdobramentos: na primeira, a exigência diz respeito a erro na apuração do cálculo do ICMS devido nas operações beneficiadas do DESENVOLVE (demonstrativos de fls. 52, 56 e 58); numa segunda situação, diz respeito ao uso do benefício fiscal de produto não habilitado ao DESENVOLVE, na Resolução nº 07/2004, considerando a habilitação do autuado para produzir Dessoralizadores e Desmineralizadores, contudo, utilizou os benefícios nas operações com o produto "sistema de secagem de lodo".

Constatou que o sujeito passivo está inscrito no cadastro do Contribuinte do Estado da Bahia explorando a atividade de "fabricação de máquinas e equipamentos para uso industrial específico - CNAE FISCAL 2869/10-0", beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia — DESENVOLVE, conforme Resolução nº 07/2004, publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia de 04 de março de 2004 (fls.47/48), que habilitou o seu projeto de ampliação para produzir dessalinizadores e desmineralizadores. Contemplado, portanto, além do deferimento do lançamento e pagamento do ICMS diferencial de alíquotas (I), o benefício da dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS referente às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado (II).

Ao examinar os demonstrativos e os livros fiscais de Apuração do Imposto, acostados aos autos, verifico que a acusação tributária trata, na realidade, de recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal (dilação de prazo para pagamento de ICMS), relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, uma vez que o Fisco considerou que houve a inclusão indevida no benefício de produtos que não estavam habilitados na Resolução, o sistema de secagem de lodo, destinado a Petrobrás, nos períodos de setembro, novembro e dezembro de 2009, além de julho de 2010. Na mesma infração, acusa que houve erro na apuração do cálculo do ICMS devido nas operações beneficiadas do DESENVOLVE, em relação aos meses de fevereiro de 2009, abril e setembro de 2010, conforme demonstrativos acostados aos autos, às fls. 52, 56 e 58.

Cabível assinalar que, embora não seja da boa técnica, a exigência de dois fatos diversos na mesma infração, conforme ocorre no presente caso, não maculou a tipicidade cerrada própria do direito tributário ou clausula do devido processo legal, considerando que em ambas as situações teria implicado a mesma consequência jurídica do recolhimento a menor do ICMS, decorrente do programa DESENVOLVE.

Verifico que em setembro de 2009, por exemplo, o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo (fl. 53), refazendo a

apuração do ICMS construída pelo contribuinte autuado para excluir as operações do Código CFOP 6101, identificada no valor de R\$1.829.351,04 (fl.59) e extraído Registro de Apuração do ICMS do contribuinte (fl.73). Discrimina o demonstrativo o número das notas fiscais, a data da emissão, o destinatário (Petrobrás), a produto comercializado (sistema secagem do lodo - NCM 8421.2990), valor da operação, da redução da base de cálculo e valor do respectivo ICMS debitado, apurando-se imposto a recolher no valor de R\$713.873,30.

O mesmo raciocínio utilizou o preposto do Fisco para as operações do mês de novembro de 2009, cujo produto considerou não habilitado ao benefício do DESENVOLVE, no total de R\$187.975,34 (fl. 60), conforme demonstrativo de fls. 65/67, além de cópia do livro Registro de Apuração do ICMS do contribuinte (fl.75/77), implicando diferença de ICMS a recolher de R\$150.534,77 (fl. 54).

Em dezembro de 2009, as operações com produtos não habilitados ao benefício do DESENVOLVE totalizou R\$196.705,90 (fl. 61), conforme demonstrativo de fls. 68/70, além de cópia do livro Registro de Apuração do ICMS do contribuinte (fl.78/80), implicando diferença de ICMS a recolher de R\$76.866,15 (fl. 55).

Em julho de 2010, as operações com produtos não habilitados ao benefício do DESENVOLVE totalizaram o valor de R\$486.814,31, conforme demonstrativo de fls. 81/83, além de cópia do livro Registro de Apuração do ICMS do contribuinte (fl.89/91), implicando diferença de ICMS a recolher de R\$255.227,04 (fl. 57).

Os produtos das operações do Código CFOP 6101, excluídas do cálculo do ICMS incentivado pelo DESENVOLVE, cuja parcela do imposto foi alcançada com a dilação do pagamento, encontra-se descrito nas notas fiscais emitidas para a Petrobrás como "sistema secagem do lodo" ou 'Parte de sistema secagem do lodo' - NCM 8421.2990, conforme demonstrativos de fls.59/61. O autuado garante que são equipamentos fabricados pelo contribuinte com direito ao benefício da dilação de parte do imposto devido por um período de até 72 meses.

Não obstante também o Parecer da ASTEC nº 00078/2015 (fls. 415/417) definir que 'parte do sistema secagem de lodo - NCM 8421.2990', relacionada às notas fiscais de vendas para a Petrobrás, trata-se de equipamento fabricado pela PERENNE com a mesma função e funcionalidade dos dessalinizadores e desmineralizadores, o fato não é mesmo observado na infração 1, como é o argumento da defesa.

Para um melhor entendimento da matéria, transcrevo o disposto no artigo 1º da Resolução nº 07/2004 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE:

Art. 1º Considerar habilitado aos benefícios do programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia — DESENVOLVE, o projeto de ampliação da PERENNE EQUIPAMENTOS E SISTEMAS DE ÁGUA LTDA., CNPJ nº 66.118.142/0002-47, localizado no município de Feira de Santana - neste Estado, para produzir dessalinizadores e desmineralizadores, concedendo-lhe os seguintes benefícios:

Dessa forma, não vejo como prosperar o argumento defensivo, pois a legislação que concedeu o benefício do Programa DESENVOLVE, em favor do próprio princípio da legalidade, deve ser interpretada de forma literal, não se admitindo uma interpretação extensiva que termine por incluir no referido benefício operações que não estejam nele citadas. Ainda que haja a afirmação por parte do autuado (além da confirmação no Parecer da ASTEC) de que 'Parte do sistema secagem de lodo' tem a mesma função e finalidade de "dessalinizadores" e "desmineralizadores" os produtos não se confundem, são produtos diversos, não há como se incluir tal produto no benefício do DESENVOLVE que foi concedido por meio da Resolução nº 07/04 que é exclusivamente para a produção de dessalinizadores e desmineralizadores.

Além disso, os produtos descritos como "parte de sistema de secagem de lodo" nas notas fiscais das operações de vendas para Petrobrás esclarecem o tipo e modelo das peças vendidas. Assim, por exemplo, na Nota Fiscal nº 3480 (fl. 96), a parte de sistema de secagem de lodo se refere aos itens 1.1.1 - tubulações, conexões e acessórios; na Nota Fiscal nº 3481 (fl. 97), a parte de sistema de secagem de lodo refere aos itens 1.2.1 - materiais relevantes (cabos, disjuntores, seccionadores; na Nota Fiscal nº 3482 (fl. 98), a parte de sistema de secagem de lodo se refere aos itens 1.2.12 - dosadora de polímero; na Nota Fiscal nº 3495 (fl. 103), a parte de sistema de secagem de lodo se refere aos itens 1.3.4 - instrumentos de temperatura; na Nota Fiscal nº 3527 (fl. 114), a parte de sistema de secagem de lodo refere aos itens 1.2.4 - bombas de lodo; na Nota Fiscal nº 3559 (fl. 125), a parte de sistema de secagem de lodo refere aos itens 1.1.2 - válvulas; na Nota Fiscal nº 3667 (fl. 141), a parte de sistema de secagem de lodo refere aos itens 1.3.2 - instrumentos de vazão.

Portanto, correta é a exigência fiscal de recolhimento do ICMS a menos, em face do erro na determinação da base de cálculo da parcela incentivada, em setembro de 2009 (R\$713.873,30); em novembro de 2009 (R\$150.534,77); em dezembro de 2009 (R\$76.866,15), relacionadas às operações de venda feitas para a Petrobrás dos produtos descritos como parte de sistema secagem de lodo, quando, na realidade, tratava de produtos diversos, acima exemplificados, não incluídos entre os produto habilitado ao benefício da dilação do prazo de pagamento do imposto, conforme a Resolução nº 07/2004 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Em relação ao período julho de 2010, o cálculo do imposto excluído da parcela incentivada tem origem na

diferença apurada pelo próprio autuado, considerando a alteração do Convênio ICMS 89/09, que determinou a imposição da alíquota de 12%, ao invés de 8,8%, nas operações de vendas realizadas para a Petrobrás, com aqueles mesmos itens descrito como "parte do sistema secagem de lodo", discriminadas no demonstrativo colados aos autos, fl. 289, relativamente aos meses outubro de 2009 (R\$65.409,90); novembro de 2009 (R\$312.640,90) e dezembro de 2009 (R\$108.767,63), operações com produtos não habilitados ao benefício do DESENVOLVE, que totalizaram o valor de R\$486.814,31, consignado na escrita fiscal do contribuinte autuado, em julho de 2010 (fls. 81/91), implicando diferença de ICMS a recolher de R\$255.227,04 (fl. 57).

Correta, também, é a exigência fiscal de recolhimento do ICMS a menos, em face do erro na determinação da base de cálculo da parcela incentivada, em julho de 2010 (R\$255.227,04).

Os demais valores constantes dessa infração 2, diz respeito a erro comum na apuração do cálculo do ICMS devido nas operações beneficiadas do DESENVOLVE, conforme demonstrativos de fls. 52, 56 e 58, não foi sequer questionado pelo autuado e resta caracterizada, nos valores de R\$2.040,00 (fevereiro de 2009); R\$646,04 (abril de 2010) e R\$105,21 (setembro de 2010).

Assim, entendo que a infração 2 restou caracterizada integralmente, no valor de R\$1.199.292,51.

Na infração 3, a exigência é que o contribuinte autuado recolheu ICMS a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor que totaliza R\$1.699.187,04.

Alega a defesa que os argumentos expendidos na infração anterior servem para desconstituir a presente infração, em razão da aplicação do Convênio ICMS 52/91, que prevê a redução da base de cálculo do ICMS, nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo 01, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais previstos na cláusula primeira daquele Convênio.

O autuante, por sua vez, explica que o estabelecimento vendeu com redução de base de cálculo o produto "sistema secagem de lodo", que não se refere aos aparelhos para filtrar ou depurar líquidos (NCM 8421.29.90), produto este que se encontra habilitado no Programa DESENVOLVE, além de gozar da redução da base de cálculo. Admite que os produtos com código NCM 8419.3900 (Convênio ICMS 89/09) passaram a ser amparados pelo benefício, somente em relação às saídas ocorridas a partir de 15.10.09 e até 28.02.10.

Verifico que os demonstrativos e, demais documentos que sustentam a exigência contida nesse item 3, elaborados pelo Auditor Fiscal, foram acostados nos autos, às fls. 93/248.

Não obstante as vendas dos produtos descritos por "sistema secagem de lodo" estejam classificados na posição NCM 8421.29.90, as operações detectadas pelo Fisco do Estado da Bahia não têm direito à redução da Base de cálculo, nos termos previstos do Convênio ICMS 52/91, pelas razões já expostas na análise da infração anterior.

Tais produtos, nas notas fiscais das operações de vendas para Petrobrás, na realidade, são partes, peças e itens, conforme retro relacionados (podendo ser conferido nas cópias das notas fiscais acostadas aos autos) e que, provavelmente, formarão o sistema de secagem de lodo, mas, não estão suficientemente definidos a partir dos documentos acostados aos autos, seja no Contrato para fornecimento de materiais, equipamentos e serviços (fls. 345/384); seja na planilhas de preços (385/390).

Considera-se também que o Convênio ICMS 52/91 concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas e não com partes e peças, vendidas isoladamente, ainda que, posteriormente, posam formar um conjunto que esteja contemplado no referido benefício. Essa condição e esse conjunto precisaria estar devidamente integralizado e provado nos autos, o que não ocorre.

Veja-se a transcrição das cláusulas primeira e segunda do referido convênio.

"Convênio ICMS nº 52/91

Concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas.

Cláusula primeira - Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo 1 deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

(...)

Cláusula segunda Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas e implementos agrícolas arrolados no Anexo II deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

(...)"

No entanto, verifico que algumas notas fiscais que compõem a presente exigência, já foram também incluídas na exigência da infração 2, relativamente ao pagamento complementar perfazendo a alíquota de 12%, em julho de 2010, no valor total de R\$486.814,30 (fl. 290), a saber: I) Nota Fiscal nº 3874, de 04.12.2009 - valor

R\$762.101,76 - ICMS R\$27.713,06; II) Nota Fiscal nº 3900, de 14.12.2009 - valor R\$479.059,59 - ICMS R\$17.419,63; III) Nota Fiscal nº 3905, de 14.12.2009 - valor R\$21.774,34 - ICMS R\$791,80. Devendo ser excluído da infração 3, o total de R\$45.924,49.

Diante do exposto, considero subsistente parcialmente a Infração 3, no valor de R\$1.653.262,55.

Por fim, a infração 4, recai sobre a exigência de acréscimos moratórios, em relação ao ICMS pago de firma espontânea, porém, intempestivamente, no mês de julho de 2010, relacionado aos períodos de outubro, novembro e dezembro de 2009.

Verifico que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativos, fls. 293/298, relacionando o valor do ICMS devido o mês de competência e o cálculo dos acréscimos moratórios, em relação a data do efetivo pagamento do imposto devido, considerando a variação da taxa SELIC.

Nesse sentido, os débitos tributários, quando pagos fora do prazo estabelecidos de forma regulamentar, sujeitar-se-ão aos acréscimos moratórios, no caso em concreto, na forma do art.138-B, RICMS-97 BA (Lei nº 7753/00). Estabelece a legislação que os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente (art. 139, RICMS BA).

O autuado alega que a exigência dos acréscimos moratórios é improcedente, uma vez que o recolhimento complementar de R\$486.814,30 foi indevido, considerando que o pagamento anterior com carga tributária de 8,8% (cláusula primeira, inciso I, "b" do Convênio ICM\$ 52/91). Pede a aplicação da interpretação mais favorável ao autuado do art. 112, CTN.

Diante de tais pressupostos, constatô que os débitos do imposto para com o Estado da Bahia, não recolhidos nos prazos previstos no Regulamento de ICMS, ficarão sujeitos aos acréscimos moratórios (multa de mora + juros de mora), conforme definidos nos artigos 138-B e 139 do RICMS-97/BA (redação dada pela Lei nº 7.753/00), calculados da forma a seguir anunciada.

Art. 138-B. Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios (Lei nº 7753/00):

I - sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes 0,11% (onze centésimos por cento) ao dia, limitados a 10% (dez por cento), mais a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado;

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

Parágrafo único. A partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, na forma prevista no inciso II deste artigo.

Art. 139. Os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente:

I - na data do recolhimento;

II - na data do depósito integral do débito tributário em conta bancária que assegure atualização monetária;

III - na data de sua inscrição em Dívida Ativa.

O direito não assiste ao sujeito passivo. A obrigação tributária não foi cumprida integralmente e o pagamento feito, após o vencimento, mesmo, antes de qualquer autuação do contribuinte, a esse pagamento se acrescem os juros de mora e o montante conterá o valor do tributo atualizado acompanhado dos acréscimos moratórios. Assim, os acréscimos de mora, que não têm caráter punitivo, sua finalidade primordial é desestimular o cumprimento da obrigação fora de prazo.

Diante do todo exposto, a infração 4 resta devidamente caracterizada, conforme descrita na inicial dos autos, no valor total de R\$78.039,32.

Posto isso, após as apreciações retro mencionados, o presente Auto de Infração resta resolvido da forma abaixo:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO (R\$)	VLR JULGADO (R\$)	MULTA
1	IMPROCEDENTE	992.459,39	0,00	-----
2	PROCEDENTE	1.199.292,51	1.199.292,51	60%
3	PROCEDENTE EM PARTE	1.699.187,04	1.653.262,55	60%

4	PROCEDENTE	78.039,32	78.039,32	-----
	TOTAL	3.968.978,26	2.930.594,38	

De ofício, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de sua própria Decisão, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1º JJF, o autuado interpôs Recurso Voluntário às fls. 457 a 516, com o intuito de requerer a total improcedência do Auto de Infração.

Preliminarmente alega cerceamento de defesa, pelo indeferimento ao pedido de perícia, já que a diligência realizada não foi suficiente para esclarecer as dúvidas dos julgadores de piso, a única maneira de dirimir a controvérsia seria através de perícia.

Quanto ao mérito da segunda infração, enfatiza que a interpretação da Junta Julgadora foi diferente do que consta no Auto de Infração. Informa que verificou-se na realidade, que esta infração referia-se de recolhimento a menos do ICMS em razão do uso indevido de incentivo fiscal (dilação de prazo para pagamento do ICMS), relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, uma vez que o autuante considerou que houve a inclusão indevida no benefício de produtos que não estavam habilitados na Resolução “*sistema de secagem de lodo*”, destinado a Petrobras, nos períodos de setembro, novembro e dezembro de 2009, além de julho de 2010, acusando , o autuado ainda, de ter errado na apuração do cálculo do ICMS nas operações desenvolvidas pelo DESENVOLVE, em relação aos meses de fevereiro de 2009, abril e setembro de 2010.

Afirma que a exigência de dois fatos diversos na mesma Infração, conforme ocorreu no caso em tela, maculou a tipicidade cerrada própria do direito tributário, bem como o devido processo legal, haja vista as situações terem implicado em consequência jurídica diversa.

Salienta que tal Infração restou caracterizada porque o autuante desqualificou o produto descrito na nota fiscal como sendo abrangido pelo benefício descrito no Anexo 01 do Convênio ICMS 52/91.

Nesse contexto, o Autuado justifica que tais produtos tratam-se do mesmo objeto, que não há diferença entre sistema de secagem de lodo, dessalinizadores e desmineralizadores, pois, por todos os processos o resultado é obter água através de aplicação de tecnologias limpas.

Acrescenta que os produtos das operações do Código CFOP 6101, que foram devidamente excluídas do cálculo do ICMS incentivado pelo DESENVOLVE, cuja parcela do imposto foi alcançada com a dilação do pagamento, por mais que restaram descritas nas notas fiscais emitidas para Petrobrás como “sistema de secam lodo” ou parte de sistema de secagem de lodo (NCM 8421.29.90), não passam de Dessalinizadores e Desmineralizadores, fato esse incontroverso, pela constatação na diligência efetuada na empresa autuado, refletida no Parecer da ASTEC nº 00078/2015, documento este ignorado pela junta julgadora.

Ainda nessa concepção, questiona a posição da JJF que julgou que os produtos em questão são diversos, não os considerando no benefício do DESENVOLVE sendo que tanto a própria empresa, quanto a ASTEC (área técnica da autoridade fiscal), consignaram que dessalinizadores e desmineralizadores não passam de sistemas de secagem de lodo e por fim faz o seguinte questionamento: Para que o processo fora convertido em diligência se esta seria ignorada pela Junta Julgadora?

Justifica que o código incerto nas Notas Fiscais difere do previsto no Anexo 01 do Convênio ICMS 52/91, pois se trata de equipamento sem substitutivo fabricado no País, conforme atestado pela ABIMAQ e pelo fato de o equipamento satisfazer plenamente às finalidades previstas no Protocolo de Intenções.

Alega que as indicações nas Notas Fiscais emitidas obedecem ao comando da Lei, porém o erro que pode advir desta utilização não implica absolutamente na configuração de fato gerador de obrigação tributária principal, que caso ocorresse, geraria a obrigação do recolhimento do

Tributo. Este erro, na pior das hipóteses poderia configurar, no máximo, no descumprimento de obrigação acessória. Dessa forma, afirma que só existe o dever jurídico de pagar um tributo quando ocorre o seu fato gerado, como tal definido em lei.

Concluindo, ratifica que dessalinizadores e desmineralizadores são equipamentos para tratamento de água, visando sua economia, sendo devidamente fabricados pela empresa, e mesmo com nome diferente “secagem de lodo” tem a mesma função e funcionamento, por tanto julga que a infração 2 deve ser totalmente afastada.

Alusivo a infração 3, assevera que os mesmos argumentos expedidos na Infração 2, servem para desconstitui-la. Enfatiza que os benefícios estão devidamente contidos no Convênio ICMS 52/91, o qual prevê a redução da base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no anexo 01, sendo assim, pleiteia a anulação dessa infração em sua integridade.

No que tange a Infração 4, o requerente alega que o recolhimento complementar realizado na quantia de R\$ 486.814,30 fora pago indevidamente. Aduz que por se tratar de equipamento sem similar no país, recolheu-se corretamente a alíquota de 8,8% prevista na Cláusula Primeira, inciso, I, “b” do Convênio ICMS 52/91, portanto, argumenta que por esse motivo não há o que se falar em recolhimento dos acréscimos moratórios referente ao ICMS devido pela diferença de alíquota.

Não houve Parecer Jurídico da PGE/PROFIS.

VOTO

Tratam-se de Recursos Voluntário e de Ofício em relação à Decisão proferida pela 1ª JJJ que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$3.968.978,26, em decorrência do cometimento de 04 (quatro) infrações, referentes aos exercícios de 2009 e 2010.

Inicialmente gostaria de fazer uma ressalva ao excelente trabalho prestado pela fiscalização. As infrações foram todas devidamente tipificadas e muito bem documentadas, constando anexado ao PAF todas as planilhas de cálculo, documentos e relatórios demonstrando sem deixar dúvidas o que havia sido cobrado em cada uma delas.

Ao analisar os Autos verifiquei que boa parte do debate realizado parte da interpretação de 3 NCM's que precisaremos ter em mente na hora de decidir pela manutenção ou não das Infrações em atendimento à ambos os Recursos, como também sobre as condições estabelecidas pelo Convênio ICMS 52/91, premissa do lançamento de ofício. Desta forma, detalho abaixo a parte extraída da TIPI que trata de cada um dos códigos:

NCM 8421.21.00

Ex vti - Cernimugadores para uso doméstico		24
8421.2	- Aparelhos para filtrar ou depurar líquidos:	
8421.21.00	-- Para filtrar ou depurar água	0

NCM 8421.29.90

8421.29	-- Outros	
8421.29.1	Hemodialisadores	
8421.29.11	Capilares	0
8421.29.19	Outros	0
8421.29.20	Aparelho de osmose inversa	0
8421.29.30	Filtros-prensa	0
8421.29.90	Outros	0

NCM 8419.39.00

8419.1	- Aquecedores de água não elétricos, de aquecimento instantâneo ou de acumulação:	
8419.11.00	-- De aquecimento instantâneo, a gás	5
	Ex 01 - Para uso doméstico	10
8419.19	-- Outros	
8419.19.10	Aquecedores solares de água	0
8419.19.90	Outros	5
8419.20.00	- Esterilizadores médico-cirúrgicos ou de laboratório	5
8419.3	- Secadores:	
8419.31.00	-- Para produtos agrícolas	0
8419.32.00	-- Para madeiras, pastas de papel, papéis ou cartões	0
8419.39.00	-- Outros	0

Após explanação inicial, passo a tratar da análise dos fatos.

Foi desonerado pelo entendimento dos Julgadores de Piso o valor integral da Infração 1, por restar insubsistente e parte da Infração 3, ambos objetos do Presente Recurso de Ofício.

No que tange a Infração 1, trata-se de aquisição de mercadoria, arrolada no Convênio ICMS 52/91, normativa que reduz a base de cálculo do ICMS de forma que a carga tributária fique em 8,8% nas operações internas.

O caso em questão refere-se a duas Notas Fiscais de Importação (3637 e 3638), ambas com data de emissão no dia 23/09/2009, do produto “sistema integrado para secagem continua de borra”, NCM da Nota Fiscal nº 8421.21.00, presentes às fls. 37 e 38 do Presente PAF.

O autuante ao consultar o referido NCM no anexo I do Convênio ICMS 52/91, verificou que este nunca fez parte dos benefícios ali oferecidos.

Já o Autuado, em sua impugnação, reconheceu que cometeu o equívoco na classificação do NCM nas notas fiscais, pois o correto para aquele produto importado era o 8419.39.00, este sim específico para a mercadoria efetivamente importada “*sistema integrado para secagem contínua*” e que este NCM foi acrescido ao Convênio ICMS 52/91, 22 dias após a emissão das notas, pela alteração promovida pelo Convênio ICMS 89/09, com efeitos iniciado no dia 15 de outubro de 2009.

Alegou também que tal equipamento, patenteado pela VOMM, não possuía substitutivo de fabricação no país, conforme atestado pela ABIMAQ (Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos), afirmando ainda que fazia parte de um sistema fundamental ao atendimento das finalidades previstas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia, através da Resolução nº 07/2004 do DESENVOLVE, para a produção de dessalinizadores e desmineralizadores.

Em resposta, o autuante rebateu a alegação do Autuado, ao afirmar que o NCM 8419.39.00 não reportava o produto importado e que mesmo se fosse considerado, os efeitos do Convênio ICMS 89/09 começaram a valer a partir de 15/10/2009, data esta posterior à ocorrência do fato gerador. Citou o Art. 144 do CTN, que diz em seu caput “*o lançamento deve ser realizado pela Lei vigente à época, ainda que posteriormente modificada*”.

A 1ª JJF julgou insubsistente esta Infração, conforme exposto abaixo, resumidamente:

O fato de o contribuinte ter descrito nas notas fiscais de entrada do produto importado o NCM 8421.2100 não o desabilita ao benefício da redução da base de cálculo previsto no Convênio ICMS 52/91, conforme entendeu, por equívoco, a fiscalização. Devendo ser ainda sublinhado que na própria Declaração de Importação o equipamento foi identificado pelo NCM 8419.3900, que designa os outros secadores do capítulo “aparelhos e dispositivos para tratamento de matérias que impliquem mudança de temperatura”, contemplado no Convênio ICMS 52/91 e descrito no item 9.02 (anexo 1) do Convênio ICMS 112/08.

O Convênio ICMS 89/09, de fato, somente entrou em vigência a partir de 15.10.2009, contudo, procedeu apenas a algumas alterações nos Anexos do Convênio ICMS 52/91, mantendo, inclusive, a redução para o equipamento importado, no caso em análise, descrito agora no item 15.2 (anexo 1) do Convênio ICMS 89/09 (outros secadores exceto para produtos agrícolas).

Para concluir, de acordo com a exposição retro anunciada, o direito assiste ao autuado. Nessa primeira infração, não houve a importação de matéria prima, mas de um equipamento, de um sistema de secagem da marca VOMM, modelo ES 1100, classificado, conforme constante na Declaração de Importação respectiva sob

o Código da Nomenclatura Comum do Mercosul — Sistema Harmonizado — NBM/SH (NCM 8419.39.00) e com o benefício tributário previsto no Convênio ICMS 52/91, que concede redução da base de cálculo, nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas. A exigência resta descaracterizada.

Analizando a Declaração de Importação nº 09/1281838-1, acostada às fls. 39 a 44, constatei que existem duas adições, referente a duas unidades do equipamento importado, resumido conforme descrição detalhada da mercadoria, diferenciando-se um do outro apenas quanto à capacidade de evaporação, conforme segue: SISTEMA INTEGRADO PARA SECAGEM CONTÍNUA DE BORRA OLEOSA DE PETRÓLEO, ATRAVÉS DE AQUECIMENTO POR VAPOR, CONSTITUIDO POR: 1 turbo secador térmico contínuo horizontal, 1 coluna de liquefação, 1 conjunto de rosca transportadoras, 1 unidade dosadora e 1 painel de comando.

E é essa declaração de importação que deu subsídio para a confecção das duas notas objetos do presente lançamento fiscal. Na descrição dos produtos das notas fiscais também consta a mesma descrição exposta acima, a única diferença foi em relação ao NCM, onde foi utilizado o 8421.21.00 na nota fiscal, sendo que na DI constava o 8419.39.00. A meu ver a dúvida paira nesse suposto erro cometido pelo Autuado e para dirimi-la me recorro à tabela TIPI que traz a classificação dos produtos baseada na Nomenclatura Comum do Mercosul, isso pois, a este julgador não resta dúvida qual a natureza do produto importado.

Na raiz do NCM 8419 consta, “*Aparelhos e dispositivos, mesmo aquecidos eletricamente (exceto os fornos e outros aparelhos da posição 85.14), para tratamento de matérias por meio de operações que impliquem mudança de temperatura, tais como aquecimento, cozimento, torrefação, destilação, retificação, esterilização, pasteurização, estufagem, secagem, evaporação, vaporização, condensação ou arrefecimento, exceto os de uso doméstico; aquecedores de água não elétricos, de aquecimento instantâneo ou de acumulação.*”

Já na raiz 8421 consta “*Centrifugadores, incluindo os secadores centrífugos; aparelhos para filtrar ou depurar líquidos ou gases.*”, todavia, ainda que nesta raiz encontramos a palavra “secadores”, conforme exposto, ao consultar o NCM completo 8421.21.00 informado erroneamente em ambas as notas fiscais, veremos que se trata de “*Aparelho para filtrar ou depurar água*”.

Desta feita, tendo a convicção de que o produto importado trata-se de parte do sistema para secagem continua de borra, insumo este utilizado para formação dos equipamentos fornecidos para Petrobrás, conforme contrato anexo aos Autos, mantendo a Decisão recorrida, por entender que um erro material do contribuinte não pode o prejudicar quanto ao recolhimento do ICMS efetuado, pois o produto do NCM 8419.39.00 gozava do benefício da redução da carga tributária, prevista no Convênio ICMS 52/91 c/c o Inciso I do Art. 77 do RICMS/97. Diferente do que alegou o autuante, o referido NCM não foi acrescido ao anexo I pelo Convênio ICMS 89/09, o mesmo sempre fez parte, desde a redação original do Convênio ICMS 52/91 e com o advento do Convênio ICMS 89/09, se manteve presente.

Ainda com base no julgamento de piso, complemento informando que apesar se tratar de um equipamento, a natureza da operação e o CFOP foram informados corretamente, pois a empresa adquire esses bens (insumos) para fabricação de suas máquinas e equipamentos de uso industrial (dessalinizadores e desmineralizadores), na modalidade de montagem, pois assim consta disposto em sua atividade econômica principal, previsto também na Resolução que o Autuado possui, referente ao Programa DESENVOLVE.

A infração 2 foi julgada inteiramente procedente e por este motivo, objeto de Recurso Voluntário, conforme exposto abaixo.

Tendo em vista a possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo, nos termos do parágrafo único do artigo 155 do RPAF/99, deixo de apreciar a preliminar de nulidade e passo ao exame do mérito deste lançamento de ofício.

A Infração foi tipificada como recolhimento a menor em decorrência de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE.

Há duas situações distintas nesta mesma Infração: A primeira e bem mais relevante é a que o autuante desconsiderou a venda do produto industrializado pelo Sujeito Passivo denominado de “sistema de secagem de lodo” do rol dos produtos beneficiados pelo Desenvolve, conforme Resolução nº 07/2004, esta que trata dos produtos “dessalinizadores e desmineralizadores”, conforme documento acostado à fl. 47 do presente PAF. Essa situação refere-se aos meses de set/09, nov/09, dez/09 e jul/10. Já a segunda, trata de demais erros na apuração do cálculo do ICMS devido nas operações beneficiadas do Desenvolve, dos meses de fev/09, abr/09 e set/09.

O Recorrente alega em relação à primeira hipótese que o “sistema de secagem de lodo”, trata-se na verdade do mesmo objeto dos “dessalinizadores” e dos “desmineralizadores”, todos têm a mesma função e funcionamento, de equipamentos para tratamento de água, através de aplicação de tecnologias limpas, visando também a sua economia.

Considerando a existência de óbices para apreciar com segurança a lide desta Infração, a 1ª JJF, em pauta suplementar, converteu o Processo em diligência, para que fossem esclarecidas as demandas necessárias para que julgamento fosse feito da forma mais justa possível.

O Parecer da ASTEC nº 78/2015 (fls. 415 a 417) teve as seguintes conclusões:

1. Efetuada verificação in loco constatou-se que a atividade econômica desenvolvida pela PERENNE – Feira de Santana é a fabricação de máquinas e equipamentos que operam no tratamento da água.
2. Dessalinizadores e Desmineralizadores são equipamentos para tratamento da água, ambos com as mesmas finalidades, utilizados para a filtração da água através de membranas e osmose reversa, sendo os mesmos fabricados pela empresa. Mesmo com o nome diferente “Secagem de Lodo” tem a mesma função e funcionalidade do dessalinizador e desmineralizador.
3. As Notas Fiscais de Venda para a Petrobrás de nºs 3559, 3577, 3581, 3640, 3668, emitidas em setembro de 2009 as quais descreve em seu corpo “parte sistema secagem de lodo”, trata-se de um equipamento, fabricado pela própria empresa.
4. Não foi elaborado novo demonstrativo de débito, por ser questão de mérito, função privativa do Senhor Relator.

A partir do momento em que é solicitada a diligência, para ser verificada a real função do bem e se esta coincide com a funcionalidade dos dessalinizadores e desmineralizadores e em seu Parecer o órgão responsável por ela faz a constatação de que o conjunto de sistema de secagem de lodo, descrito nas notas fiscais de venda do Autuado têm a mesma finalidade dos dois equipamentos constantes na Resolução do DESENVOLVE, devo acatar o resultado trazido pela preposto da Fazenda, que esteve analisando o produto in loco, pois não teria este julgador capacidade técnica para definir essa situação no momento deste julgamento.

Percebi que no julgamento de piso, também foi argumentado que os produtos que estariam sido vendidos eram na verdade “válvulas”, “bombas de lodo”, “instrumentos de temperatura”, dentre outros, pois assim constavam nas diversas notas fiscais que compõe o levantamento desta Infração, caracterizando produtos diversos, não incluídos no rol de produtos habilitados ao benefício da diliação do prazo de pagamento do imposto, conforme a Resolução nº 07/2004 do Conselho do DESENVOLVE.

Ora, uma empresa que têm como atividade principal a “*fabricação de máquina e equipamentos para uso industrial*”, em razão do grande porte dos bens por ela produzidos, resta evidente que os mesmos necessitam ser montados e instalados no local do estabelecimento adquirente. Assim, tal operação (montagem e instalação) sempre será processada em área diversa daquela onde se procedeu à industrialização dos componentes, partes e peças nela utilizados. Podemos chegar também a esse entendimento analisando o contrato celebrado com a Petrobrás, de fornecimento de materiais, equipamentos e prestação de serviço anexado a este PAF às fls. 345 a 390, onde em seu objeto constam as seguintes atividades: “*montagem eletromecânica dos equipamentos*”,

“construção e montagem dos sistemas de transferência de lodo da ETA e da ETDI, incluindo instalações de bombas”, dentre outras.

Pelo exposto, modifico a Decisão recorrida, para reduzir o montante cobrado na Infração 2 julgando insubstancial os débitos cobrados nos meses de setembro de 2009 (R\$713.873,30), novembro de 2009 (R\$150.534,77), dezembro de 2009 (R\$76.866,15) e julho de 2010 (R\$255.227,04), mantendo os débitos dos meses de fevereiro de 2009 e abril e setembro de 2010, que perfizeram um valor de R\$2.791,25, estes cobrados por erros comuns na apuração do imposto e não rebatidos na tese recursal.

Quanto a Infração 3, esta foi objeto de Recurso de Ofício e Voluntário.

A acusação é de recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo das notas fiscais que constam acostadas aos Autos juntamente com todas as planilhas utilizadas para o levantamento dos valores desta Infração.

O autuante em sua Informação Fiscal alegou que os NCM's utilizados nessas notas fiscais de venda, o qual seja 8421.29.90, foram utilizados indevidamente, pois os produtos vendidos (sistema de secagem de lodo) não são aparelhos para filtrar ou depurar líquidos, todavia em momento algum esclarece qual deveria ser o NCM, apenas faz a seguinte ressalva “*(...) caso os nobres julgadores entendam que a NCM 8419.39.00, incorporada pelo Convênio ICMS 89/09 ampara o benefício da redução, deve ser excluído apenas as saídas ocorridas a partir de 15/10/2009 até 28/02/2010, período do lançamento em questão*”, todavia, já analisamos na primeira Infração que se fossémos entender que este seria o NCM para os produtos finais vendidos pelo Autuado chagariámos na mesma conclusão de que os produtos gozariam da redução da base de cálculo do ICMS, pois desde a redação original do Convênio ICMS 52/91 o mesmo esteve presente.

O recorrente por sua vez alega que os mesmos argumentos utilizados para rebater a Infração 1 servem para desconstituir a presente infração, em razão da aplicação do Convênio ICMS 52/91, que prevê a redução da base de cálculo do ICMS, nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo 01, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais previstos na cláusula primeira daquele Convênio.

Já os julgadores de piso, mantiveram a linha do entendimento em relação a Infração 2, de que partes e peças vendidas isoladamente também não são contempladas com este benefício, conforme segue:

Considera-se também que o Convênio ICMS 52/91 concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas e não com partes e peças, vendidas isoladamente, ainda que, posteriormente, posam formar um conjunto que esteja contemplado no referido benefício. Essa condição e esse conjunto precisaria estar devidamente integralizado e provado nos autos, o que não ocorre.

Em pesquisas para me aprofundar sobre a real funcionalidade do sistema de secagem de lodo, consultei o Portal do meio ambiente da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, conforme o link <http://www.meioambiente.ufrn.br/?p=22463>, que dá uma ideia de prática do papel realizado por este equipamento, conforme reproduzido abaixo:

(...) Para diminuir o volume do lodo realiza-se a retirada de água através da desidratação que possibilita um melhor manejo e transporte, facilita a deposição em aterros sanitários ou o reúso na agricultura, por exemplo. Além disso, é decisiva nos custos totais de uma estação de tratamento, conforme explica André Dias, engenheiro de vendas-meio ambiente da GEA Westfalia Separator Brasil. “A eficiência da secagem é essencial, pois afeta tanto no custo do transporte quanto na disposição final. Quando a desidratação do lodo não é feita pela estação, o mesmo deve ser enviado a uma empresa terceirizada. O custo de terceirização é bem elevado, com valor médio de R\$ 200,00 por tonelada de lodo. Por isto, é de extrema importância econômica que a desidratação seja feita na própria estação, seja por um método mecânico ou natural”, diz. “Se eliminarmos uma tonelada de lodo desaguado a um teor de 20% de sólidos totais, estamos pagando para descartar 800 kg de água, ou seja, 80% do custo de disposição é relativo à água”, complementa Willian Okada, engenheiro da Huber do Brasil (...).

Entende este julgador que o produto “sistema de secagem de lodo”, assim como está disposto nas notas fiscais de venda emitidas para Petrobrás não deve merecer reparo quanto a utilização do

NCM, 8421.29.90 que diz “8421.2 - Aparelhos para filtrar ou depurar líquidos - 8421.29 – Outros - 8421.29.90 Outros” e a partir dessa conclusão passo a tratar dos presentes Recursos.

Ao analisar o Convênio ICMS 52/91, pude observar que o NCM supracitado esteve fazendo parte, em seu anexo I, até a data 14/10/2009. A infração 3 refere-se aos meses de julho de 2009 à fevereiro de 2010, ou seja, há períodos compreendidos no Convênio, como também há períodos onde não mais estava em vigor o benefício disposto na norma legal.

Constatei que a própria Petrobrás, detectando que houve essa falha por parte do Autuado, solicitou que o mesmo fizesse o reajustamento do preço e pagasse a diferença recolhida à menor, por ter aplicado indevidamente a redução da base de cálculo, conforme planilhas da fls. 288 e 289. A Petrobrás elaborou as planilhas separando as vendas para a unidade REVAP, em São José dos Campos e para a unidade RECAP em Mauá. Essas planilhas foram apresentadas pelo próprio contribuinte e analisada pelo autuante quando este em sua Informação Fiscal afirma (fl. 340) “considerando que ao contrário a Petrobrás havia recomendado a recolher a diferença de alíquota exatamente por entender que a operação não é beneficiada por redução de base de cálculo. E não se refere aos produtos indicados no item 5.2”.

Acontece que a Petrobrás fez o levantamento partindo da data de 15/10/2009, exatamente a data de início da vigência do Convênio ICMS 89/09 que excluiu do rol de produtos beneficiados o produto disposto no NCM 8421.29.90 constante nas notas fiscais de venda do Autuado.

Desta forma, considerando as notas emitidas até o dia 14/10/2009, reformo a Decisão recorrida para reduzir esta Infração, julgando insubstancial o lançamento de julho (R\$216,74), agosto (R\$56.052,94) e setembro de 2009 (R\$755.940,82) e parte dos lançamentos de outubro de 2009, referente as Notas Fiscais nºs 3679, 3688, 3690, 3696, 3701, 3703, 3704, 3705 e 3709, essas perfazendo um valor de R\$16.467,12, permanecendo em outubro/09 o valor de R\$664.474,99, devido aos valores lançados após a data de 15/10/2009, conforme detalho abaixo.

Quanto ao Recurso de Ofício, em relação às notas emitidas após o dia 15/10/2009, ao analisar a planilha da fl. 209, de dezembro/09, elaborada pelo autuante, constata-se que 3 (três) notas dessa relação já faziam parte da composição do débito de R\$486.814,30, valor este registrado pelo Autuado intempestivamente no livro Registro de Apuração do ICMS de julho/2010, referente as notas relacionadas na planilha elaborada pela Petrobrás para a Unidade de RECAP em Mauá, conforme consta na fl. 289.

Assim também comprehendeu a JJF, que decidiu por desonerar parte dessa Infração conforme reproduzido abaixo e dessa forma mantendo Decisão recorrida.

No entanto, verifico que algumas notas fiscais que compõem a presente exigência, já foram também incluídas na exigência da infração 2, relativamente ao pagamento complementar perfazendo a alíquota de 12%, em julho de 2010, no valor total de R\$486.814,30 (fl. 290), a saber: I) Nota Fiscal nº 3874, de 04.12.2009 - valor R\$762.101,76 - ICMS R\$27.713,06; II) Nota Fiscal nº 3900, de 14.12.2009 - valor R\$479.059,59 - ICMS R\$17.419,63; III) Nota Fiscal nº 3905, de 14.12.2009 - valor R\$21.774,34 - ICMS R\$791,80. Devendo ser excluído da infração 3, o total de R\$45.924,49.

Pelo exposto, mantenho Decisão recorrida, ficando a Infração 3 registrada conforme demonstrativo ilustrativo abaixo.

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. HISTÓRICO	VLR. EXCLUÍDO	VLR. REMANESCENTE	MULTA
31/07/2009	09/08/2009	216,74	216,74	0,00	-
31/08/2009	09/09/2009	56.052,94	56.052,94	0,00	-
30/09/2009	09/10/2009	755.940,82	755.940,82	0,00	-
31/10/2009	09/11/2009	680.942,11	16.467,12	664.474,99	60%
30/11/2009	09/12/2009	72.125,41	0,00	72.125,41	60%
31/12/2009	09/01/2010	127.209,07	45.924,49	81.284,58	60%
31/01/2010	09/02/2010	6.554,49	0,00	6.554,49	60%
28/02/2010	09/03/2010	145,46	0,00	145,46	60%
TOTAL DA INFRAÇÃO		1.699.187,04	874.602,11	824.584,93	

Por fim, no que tange a Infração 4 não procede a alegação recursal de que o recolhimento complementar realizado na quantia de R\$486.814,30, lançado intempestivamente no mês de

julho/10 fora pago indevidamente.

Conforme conclui meu entendimento, os NCM's utilizados nas notas são os que realmente representam o equipamento vendido para Petrobrás e por esta razão teve o seu benefício cessado a partir da data de 15/10/2009, sendo assim o débito registrado intempestivamente no mês de julho de 2010, no valor de R\$486.814,30, referente às competências de outubro/09, novembro/09 e dezembro/09, era devido assim como os seus acréscimos legais e por essa razão mantendo Decisão recorrida.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício em relação às Infrações 1 e 3 e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir as Infrações 2 e 3, mantendo na íntegra a Infração 4.

INF.	RESULTADO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO-JFF	VLR. JULGADO-CJF	MULTA
01	INSUBSTANTE	992.459,39	0,00	0,00	-----
02	PROCEDENTE EM PARTE	1.199.292,51	1.199.292,51	2.791,25	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	1.699.187,04	1.653.262,55	824.584,93	60%
04	RECONHECIDA	78.039,32	78.039,32	78.039,32	-----
TOTAL		3.968.978,26	2.930.594,38	905.415,50	

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 PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 110391.0001/14-2, lavrado contra PERENNE EQUIPAMENTOS E SISTEMAS DE ÁGUA S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$827.376,18, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além dos acréscimos moratórios no valor de R\$78.039,32, prevista no inciso VIII, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS