

PROCESSO - A. I. Nº 207090.3009/16-3
RECORRENTE - VESCON EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0323-12/18
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/05/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0081-12/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA DO EXTERIOR. EXPORTAÇÃO FICTA. Trata-se de sociedade empresária beneficiária de operações prevista no Convênio ICMS nº 130/07, que autoriza a isenção ou redução da base de cálculo dos bens ou atividades relacionadas à pesquisa, exploração ou produção de gás natural. No Estado da Bahia, o Decreto nº 11.183/08 disciplina as regras a serem atendidas para a fruição do REPETRO. Os Pareceres COPEC nºs 21.349/2011, 892/2015 e 7.828/2017 firmaram o entendimento de que as operações descritas estão sob o manto da legislação especial desse Estado. A desoneração do ICMS é condicionada à desoneração dos tributos federais. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, interposto pela Autuada, com fundamento no art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF/99, em face do Acórdão da 2ª CJF, nº 0323-12/18, que dera Provimento Parcial ao Recurso de Ofício, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 16/12/2016, para exigir ICMS no valor histórico de R\$1.487.138,99, em decorrência da infração abaixo descrita.

Infração 01 - 12.02.01 - Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, nos meses de dezembro de 2013 e março a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.487.138,99, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Consta ainda que o Contribuinte, usuário de EFD, invocando o Convênio ICMS nº 130/07, importou mercadorias utilizando-se de isenção (fato verificado em suas NF de Entradas). Entretanto, verificou-se códigos NCM nas mercadorias importadas, distintos dos previstos no Anexo único do supracitado Convênio. Assim, o ICMS devido na importação não foi recolhido.

Após o Auto de Infração ter sido julgado Improcedente pela 1ª JJF, mediante Acórdão 0002-01/18, em 28/05/2018, a 2ª CJF apreciou o Recurso de Ofício, no dia de 15/10/2018 (fls. 213 a 219) e decidiu pelo Provimento Parcial, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou pela improcedência do presente Auto de Infração.

Constato que o Recurso de Ofício é pertinente, tendo em vista que o julgamento de 1ª instância desonerou totalmente o presente Auto de Infração no valor de R\$2.972.303,69, conforme extrato (fl. 176), montante superior a R\$100.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99, vigente à época da sua impetração.

O presente Auto de Infração acusou o Autuado de ter efetuado importação utilizando indevidamente o benefício de isenção previsto no Convênio ICMS 130/07, sob o argumento de que os códigos NCM das mercadorias importadas não constavam do seu Anexo único.

O Autuado alegou que as válvulas importadas, objeto da autuação, foram negociadas com IESA ÓLEO & GAS S.A., EBR – ESTALEIRO DO BRASIL LTDA e ESTALEIRO BRASFELS LTDA, que operam em regime de

entreposto aduaneiro, em operações domésticas, para serem incorporadas a equipamentos que são posteriormente objeto de saída destinada a pessoa sediada no exterior (exportação-ficta) e, subsequentemente, importados sob o regime aduaneiro de admissão temporária, para utilização nas atividades de exploração e produção de petróleo e de gás natural.

Explicou que os equipamentos fabricados pelos seus clientes é que devem ter seus NCM descritos no Anexo único do Convênio 130/07, tendo utilizado a isenção prevista no §1º do Art. 3º do Decreto nº 11.183/08, relativa às operações antecedentes às operações de saída destinada a pessoa sediada no exterior dos bens e mercadorias fabricados no país que venham a ser subsequentemente importados nos termos dos Arts. 1º ou 2º do referido Decreto nº 11.183/08, sob regime aduaneiro de admissão temporária, para utilização nas atividades de exploração e produção de petróleo e de gás natural, dentro ou fora do Estado onde se localiza o fabricante.

A Decisão recorrida julgou que o direito assiste ao Autuado, sob o argumento de que o Parecer nº 892/2015, contendo parecer favorável da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis – COPEC e respectivo Termo de Opção, não é posterior aos fatos geradores da infração, no exercício de 2014, por ter reti-ratificado o Parecer COPEC nº 7.330/2014, e que a adesão ao REPETRO não ocorreu num momento posterior à autuação.

O REPETRO é um regime aduaneiro especial, que permite a importação de equipamentos específicos, para serem utilizados diretamente nas atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, sem a incidência dos tributos federais (II, IPI, PIS e COFINS), além do adicional de frete para renovação da marinha mercante – AFRMM, cuja exigibilidade permanece suspensa pelo período de utilização no regime, e sua extinção prevista no caso de re-exportação dos equipamentos admitidos no regime, conforme dispõe a Instrução Normativa RFB nº 1.415/03.

No que se refere ao ICMS, o Convênio ICMS nº 130/07 autoriza os benefícios da isenção ou redução da base de cálculo dos bens ou atividades relacionadas à pesquisa, exploração ou produção de gás natural, tendo o Estado da Bahia, autorizado pelo citado Convênio ICMS nº 130/07, mediante a edição do Decreto nº 11.183/08, disciplinado as regras a serem atendidas para a fruição do REPETRO.

Com efeito, a operação desempenhada pelo Autuado enquadra-se na hipótese prevista no §1º do Art. 3º do Decreto nº 11.183/08, a seguir transcrito:

“Art. 3º Ficam isentas do ICMS as operações de saída destinada a pessoa sediada no exterior dos bens e mercadorias fabricados no país que venham a ser subsequentemente importados nos termos dos artigos 1º ou 2º deste decreto, sob regime aduaneiro de admissão temporária, para utilização nas atividades de exploração e produção de petróleo e de gás natural, dentro ou fora do Estado onde se localiza o fabricante.

§1º Ficam também isentas do ICMS as operações antecedentes às operações de saída de que trata o caput deste artigo.

§2º O disposto no § 1º deste artigo aplica-se, também:

I - aos equipamentos, máquinas, acessórios, aparelhos, peças e mercadorias, utilizadas como insumos na construção e montagem de sistemas flutuantes e de plataformas de produção ou perfuração, bem como de suas unidades modulares a serem processadas, industrializadas ou montadas em unidades industriais;

II - aos cascos e módulos, quando utilizados como insumos na construção, reparo e montagem de sistemas flutuantes e de plataformas de produção ou perfuração;

III - às operações realizadas sob o amparo do Regime Aduaneiro Especial de Drawback, na modalidade suspensão do pagamento, no que se refere à comprovação do adimplemento nos termos da legislação federal específica.

§3º As saídas isentas dos bens e mercadorias previstas neste artigo, não darão direito à manutenção de créditos do ICMS referentes às operações que as antecederem.”

Nesse caso, o Estado da Bahia desonerou as operações alcançadas pelo REPETRO, concedendo isenções às operações de exportação-ficta, em relação às mercadorias fabricadas no país que venham a ser subsequentemente importadas nos termos do Convênio ICMS 130/2007 e o Art. 3º do Decreto nº 11.183/2008.

Deve ser observado no citado texto normativo, que o Estado da Bahia, isentou do ICMS também as operações antecedentes às operações de saída de que trata o caput do Art. 3º, concedendo o mesmo benefício aos equipamentos, máquinas, acessórios, aparelhos, peças e mercadorias, utilizadas como insumos na construção e montagem de sistemas flutuantes e de plataformas de produção ou perfuração, bem como de suas unidades modulares a serem processadas, industrializadas ou montadas em unidades industriais.

No caso em tela, os códigos de NCM das mercadorias importadas não necessariamente precisam constar no Anexo único do Convênio ICMS 130/07, pois se trata dos produtos que irão compor aqueles constantes do citado Anexo Único, afinal são as operações antecedentes à produção dos referidos sistemas e plataformas.

Dessa forma, encontram-se amparadas pela isenção do imposto as operações de importações de insumos, objeto

da exportação ficta para os estabelecimentos IESA ÓLEO & GAS S.A., EBR – ESTALEIRO DO BRASIL LTDA e ESTALEIRO BRASFELS LTDA, para serem utilizados na fabricação de equipamentos para a produção de petróleo.

Ocorre que o Parecer nº 892/2015 foi assinado pela COPEC em momento posterior aos fatos geradores da infração, tendo retificado o Parecer nº 7.330/2014, que havia indeferido o pedido de formalização do Termo de Opção para fins da fruição da isenção prevista no Art. 3º do Decreto nº 11.183/08, verificando, após análise da documentação apresentada, que as operações descritas estão sob o manto da legislação especial desse Estado, estando, antes, desoneradas dos tributos federais em razão da suspensão (IN SRF nº 513/2005).

Entretanto, a COPEC já havia emitido o Parecer nº 21.349/2011, o qual autorizou a utilização do mesmo benefício em momento anterior aos fatos geradores da infração, relativa aos exercícios de 2013 e 2014.

Além disso, a COPEC também emitiu o Parecer nº 7.828/2017, autorizando pela terceira vez a utilização do mesmo benefício em relação a estas operações.

Diante do exposto, entendo que o contribuinte cumpriu requisitos exigidos no Convênio ICMS nº 130/07 e pelo Decreto nº 11.183/08, tendo os Pareceres COPEC nº 21.349/2011, 892/2015 e 7.828/2017 aprovado que as operações descritas estão sob o manto da legislação especial desse Estado.

Saliento que não foi dada ciência do resultado da diligência solicitada à COPEC (fl. 186), nos termos do Art. 149-A do RPAF/99, porque não foram aduzidos fatos novos nem acostados novos demonstrativos ou provas documentais.

Entretanto, constato que diversas notas fiscais relacionadas no demonstrativo possuem destaque do IPI, não constando nenhuma informação de desoneração nas mesmas ou nas respectivas Declarações de Importação, o que é impeditivo para a fruição do benefício, conforme estabelecido no Art. 7º, I, do Decreto nº 11.183/08, transcrito abaixo:

“Art. 7º - A fruição dos benefícios de que trata este decreto fica condicionada:

I - a que as mercadorias objeto das operações nele previstas sejam desoneradas dos impostos federais, em razão de isenção, suspensão ou alíquota zero;
...”

Deve ser ressaltado que o Art. 111 do CTN dispõe que deve ser interpretada literalmente a legislação relativa a dispensa de obrigação tributária, seja principal ou acessória, in verbis:

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
II - outorga de isenção;
III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.”

Ressalto que o Acórdão CJF nº 0104-12/16 não se aprofundou em relação à matéria aqui analisada, já que a solução em relação à matéria foi o julgamento pela nulidade do Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias, por entender que o benefício condicionado, conforme estabelecido no Art. 7º, I, do Decreto nº 11.183/08, só poderia ser avaliado em fiscalização de estabelecimento.

Assim, não possuem direito ao benefício, já que possuem destaque do IPI, as seguintes notas fiscais:

- 03/2014: 5582.
- 04/2014: 5618, 5621, 5633, 5655, 5665, 5671 e 5674.
- 05/2014: 5791 e 5794.
- 06/2014: 5842, 5844, 5859, 5885, 5911, 5916, 5932, 5933, 5947, 5951 e 5953.
- 07/2014: 5967, 5968, 5970, 6018, 6032, 6040, 6044, 6048, 6049, 6056, 6059, 6062, 6063, 6067, 6068, 6069 e 6070.
- 08/2014: 6144.
- 09/2014: 6201, 6206, 6210, 6222, 6233, 6236, 6260, 6261, 6263, 6264, 6275 e 6278.
- 10/2014: 6390, 6391, 6411, 6413, 6418, 6423, 6425, 6428 e 6466.
- 11/2014: 6472, 6495, 6544, 6553, 6555 e 6593.
- 12/2014: 6605, 6607, 6610, 6613, 6615, 6617, 6620, 6624, 6649, 6659, 6663, 6706, 6710, 6715, 6718 e 6720.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, de forma a julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$498.266,23, conforme demonstrativo a seguir:

Mês/Ano	Nota Fiscal	ICMS Devido
mar/14	5582	5.307,12

Mês/Ano	Nota Fiscal	ICMS Devido
set/14	6201	4.555,12

Total Março/2014		5.307,12
abr/14	5618	4.543,11
abr/14	5621	907,89
abr/14	5633	1.010,08
abr/14	5655	46.148,32
abr/14	5665	103.458,63
abr/14	5671	16.078,83
abr/14	5674	540,03
Total Abril/2014		172.686,89
mai/14	5791	3.528,28
mai/14	5794	44.906,60
Total Maio/2014		48.434,88
jun/14	5842	3.104,77
jun/14	5844	2.009,41
jun/14	5859	5.593,09
jun/14	5885	354,37
jun/14	5911	709,99
jun/14	5916	271,72
jun/14	5932	346,97
jun/14	5933	1.189,85
jun/14	5947	264,65
jun/14	5951	3.739,22
jun/14	5953	165,16
Total Junho/2014		17.749,20
jul/14	5967	267,47
jul/14	5968	5.075,95
jul/14	5970	479,80
jul/14	6018	153,32
jul/14	6032	1.671,54
jul/14	6040	891,51
jul/14	6044	662,80
jul/14	6048	3.318,17
jul/14	6049	3.134,86

set/14	6206	12.358,63
set/14	6210	291,88
set/14	6222	3.213,64
set/14	6233	14.636,50
set/14	6236	10.022,99
set/14	6260	5.745,23
set/14	6261	163,90
set/14	6263	65.010,93
set/14	6264	792,23
set/14	6275	438,35
set/14	6278	2.246,96
Total Setembro/2014		119.476,36
out/14	6390	4.458,51
out/14	6391	3.658,81
out/14	6411	1.715,76
out/14	6413	5.803,62
out/14	6418	14.337,11
out/14	6423	424,41
out/14	6425	959,20
out/14	6428	290,69
out/14	6466	9.060,18
Total Outubro/2014		40.708,29
nov/14	6472	2.502,76
nov/14	6495	382,98
nov/14	6544	834,29
nov/14	6553	2.234,98
nov/14	6555	535,13
nov/14	6593	336,48
Total Novembro/2014		6.826,62
dez/14	6605	931,91
dez/14	6607	1.567,77
dez/14	6610	733,93
dez/14	6613	

jul/14	6056	710,42
jul/14	6059	413,16
jul/14	6062	177,08
jul/14	6063	1.193,09
jul/14	6067	993,36
jul/14	6068	2.881,65
jul/14	6069	1.688,26
jul/14	6070	2.330,97
Total Julho/2014		26.043,41
ago/14	6144	18.304,22
Total Agosto/2014		18.304,22

		1.702,66
dez/14	6615	1.125,61
dez/14	6617	108,21
dez/14	6620	1.243,99
dez/14	6624	2.117,43
dez/14	6649	339,31
dez/14	6659	6.972,26
dez/14	6663	9.944,85
dez/14	6706	3.589,00
dez/14	6710	3.436,03
dez/14	6715	1.006,00
dez/14	6718	7.681,68
dez/14	6720	228,60
Total Dezembro/2014		42.729,24
Total Auto de Infração		498.266,23

.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “d” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Pedido de Reconsideração às fls. 229 a 242, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Informa, inicialmente, que é pessoa jurídica de direito privado que se dedica à fabricação de válvulas e outros equipamentos para prospecção e extração de petróleo e gás, os quais são comercializados com clientes nacionais e estrangeiros. Em 20/12/2015, foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração pelo Auditor Fiscal da Fazenda do Estado de Bahia, em razão de suposta infração relativa ao creditamento e pagamento do ICMS, cuja acusação transcreve.

Explica que, sendo usuário de EFD, invocando o Convênio ICMS 130/2007 (cópia em anexo) importou mercadorias utilizando-se de isenção (fatos verificados em suas NF de Entradas). Entretanto, verificou-se códigos NCM nas mercadorias importadas, distintos dos previstos no Anexo único do supracitado Convênio. Assim, o ICMS devido na importação não foi recolhido.

Afirma que, em sua Impugnação, demonstrou que o D. Auditor Fiscal Autuante incorreu em erro quando da lavratura do Auto de Infração, visto que a lista de NCM's contida no Anexo Único do Convênio ICMS 130/2007 e do Decreto nº 11.183/2008 somente se aplica às importações realizadas por meio do Regime de Admissão Temporária descritos no artigo 1º e 2º do Decreto nº 11.183/2008 (cujos textos descreve), o que, a toda evidência, não é a operação desempenhada pela Recorrente.

Conforme reconhecido na Decisão de primeira instância administrativa proferida pela 1ª JJF, que julgou totalmente improcedente o lançamento de ofício, e pelo resultado da diligência solicitada por esta C. 2ª Câmara de Julgamento Fiscal à COPEC, assegura que as atividades desempenhadas pela ora Recorrente consistem na fabricação de válvulas e flanges, que são utilizadas na fabricação de módulos e outros equipamentos de alta tecnologia voltados para a exploração de petróleo e gás natural. Informa que essas válvulas são vendidas para diversos clientes, dentre os quais IESA Óleo & Gas S.A., EBR – Estaleiro do Brasil Ltda. e Estaleiro Brasfels Ltda., em operações domésticas, para serem incorporadas a equipamentos destinados a pessoa sediada no exterior (exportação-ficta) e, subsequentemente, importados sob regime aduaneiro de admissão

temporária, para utilização nas atividades de exploração e produção de petróleo e de gás natural. Portanto, conclui que usufrui do benefício relativo ao regime do REPETRO previsto no artigo 3º, §1º, do Decreto nº 11.183/2008, o qual não está restrito à lista do Anexo Único. Alega que, diferentemente dos artigos anteriores, que fazem menção expressa ao Anexo Único, o artigo 3º estabelece que as operações antecedentes às operações de saída também estão isentas de ICMS.

Alega que comprovou, ainda, que possuía o direito ao mencionado benefício fiscal através do Parecer Final proferido no Processo nº 002420/2015-46, no qual foi expressamente reconhecida a isenção das operações antecedentes à exportação ficta de mercadorias a serem adquiridas pelas empresas IESA Óleo & Gas S.A., EBR – Estaleiro do Brasil Ltda. e Estaleiro Brasfels Ltda., que forem realizadas pela Recorrente. Transcreve trecho do referido parecer.

Assim sendo, e como não poderia deixar de ser, explica que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal (“1ª JJF”) decidiu, por unanimidade, pela improcedência do Auto de Infração, concluindo que a operação desempenhada pela Requerente enquadrava-se na hipótese prevista no § 1º, do artigo 3º, do Decreto Estadual nº 11.183/2008. Tanto é incontroverso que as operações desempenhadas pela Recorrente estão abarcadas pelo benefício fiscal no âmbito do Estado da Bahia que o v. acórdão houve por bem reconhecer a desnecessidade de previsão do NCM dos produtos importados pela Requerente no Anexo Único do Convênio ICMS 130/2007 e do Decreto nº 11.183/2008, conforme trecho que reproduz.

Lembra que, em 2015, sofreu autuação com fundamento similar. Em 04/10/2016, esta C. 2ª Câmara de Julgamento Fiscal manteve a Decisão de primeira instância que julgou o Auto de Infração nulo. O v. Acórdão CJF nº 0104-12/16 foi categórico ao constatar o erro da autuação que ensejou a nulidade. Reproduz trecho da Decisão citada.

Argumenta que, na hipótese dos autos, esta C. 2ª Câmara de Julgamento Fiscal parece ter ignorado a flagrante nulidade (já constatada no outro processo em que a Requerente foi parte) e decidiu pelo parcial provimento do Recurso de Ofício para julgar o Auto de Infração procedente em parte e restabelecer a cobrança no valor de R\$498.266,23, acrescido de multa de 60%. Baseou seu entendimento no suposto destaque do IPI em algumas notas fiscais e na ausência de informação acerca da desoneração do imposto federal nas notas fiscais ou nas correspondentes Declarações de Importação, muito embora tal requisito não tenha sido objeto do Auto de Infração, que repita-se, foi lavrado em razão dos NCM dos itens importados não estarem descritos no anexo único do Convênio ICMS 130/2007.

Argumenta, contudo, que a desoneração dos tributos federais não foi objeto do lançamento de ofício. Em nenhum momento, o requisito para a utilização do benefício previsto no artigo 3º, §1º, do Decreto nº 11.183/2008 foi considerado no Auto de Infração, pois a fiscalização sequer entendeu a operação desempenhada pela Recorrente. Pelo contrário, a cobrança do ICMS se deu exclusivamente pelo fato de os “códigos NCM nas mercadorias importadas, serem distintos dos previstos no Anexo único do supracitado Convênio”.

Destarte, a alegação inovadora trazida aos presentes autos somente no julgamento de segunda instância flagrantemente extrapola os limites da autuação, e apresenta-se como uma clara evidência de que o lançamento de ofício deve ser declarado nulo.

Ensina que, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “d”, do RPAF, o pedido de reconsideração será cabível em face da “Decisão da Câmara que tenha, em julgamento de Recurso de Ofício, reformado, no mérito, a Decisão de primeira instância em processo administrativo fiscal”. Assim, tendo em vista que, por meio do v. Acórdão CJF nº 0323-12/18, esta C. 2ª Câmara de Julgamento Fiscal reformou, no mérito, a r. Decisão proferida pela 1ª JJF que havia julgado pela improcedência do Auto de Infração, defende que o presente pedido de reconsideração é plenamente cabível no caso concreto.

Preliminarmente, pede a nulidade da Decisão recorrida, com base nos argumentos que seguem.

Afirma que as normas do Código de Processo Civil (“CPC”) se aplicam subsidiariamente ao

processo administrativo fiscal, consoante o disposto no artigo 180 do RPAF. Destaca que o artigo 10 do CPC estabelece que *“o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”*. Observa que o referido dispositivo é um desdobramento do caput do artigo 9º do CPC, que ordena ao Estado-juiz o seguinte: *“não se proferirá Decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”*. Afirma que ambos os dispositivos consagram os princípios do contraditório e da ampla defesa previstos no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal (“CFRB/1988”) nos seguintes termos: *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

Prossegue, destacando que, seguindo esta perspectiva, o artigo 2º do Regimento Interno do E. CONSEF (Decreto nº 7.592/1999) prevê que os julgamentos deste E. Conselho devem obedecer aos princípios do contraditório e da ampla defesa. E esta também é a diretriz do RPAF do Estado da Bahia, cujo artigo 2º estabelece que a Decisão do processo administrativo deve atender à garantia da ampla defesa. Adicionalmente, destaca que os artigos 153 e 155 do RPAF determinam que o órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes no processo, e, a partir deste exame, resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário. Transcreve o texto dos dispositivos citados.

No presente caso, afirma que o contraditório se desenvolveu em torno da seguinte questão: *“possibilidade de a ora Requerente usufruir da desoneração do ICMS concedida através do Convênio ICMS 130/2007, apesar de as mercadorias objeto das operações por elas realizadas não constarem na lista de NCM’s do Anexo Único do Convênio ICMS 130/2007 e do Decreto nº 11.183/2008”*. Argumenta que, em sede de primeira instância, restou decidido pela total improcedência do Auto de Infração sob exame, tendo em vista que as operações desempenhadas pela Recorrente, se enquadram no § 1º, do artigo 3º, do Decreto Estadual nº 11.183/2008, motivo pelo qual não há necessidade de os códigos NCM’s dos bens importados estarem descritos no Anexo Único do Convênio ICMS 130/2007 e do Decreto nº 11.183/08. Assim, uma vez comprovada a adesão da Empresa ao benefício fiscal por meio do parecer da COPEC, concluiu a C. 1ª JF pela total improcedência da autuação, eis que as importações realizadas não estão limitadas aos bens descritos ao Anexo Único do Convênio ICMS 130/2007 e do Decreto nº 11.183/08 para a fruição do benefício. Em outras palavras, afirma que a infração apontada pela fiscalização não ocorreu.

No entanto, esta C. 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, ao julgar o Recurso de Ofício, apesar de reconhecer que as operações desempenhadas pela Empresa não estavam sujeitas ao Anexo Único do Convênio ICMS 130/2007 e do Decreto nº 11.183/08, houve por bem acrescentar uma nova exigência não apontada durante a fiscalização, para concluir pela parcial procedência do Auto de Infração. Explica que o parcial reestabelecimento do lançamento de ofício em segunda instância administrativa foi justificado pelo destaque do IPI em algumas notas fiscais e da suposta ausência de informação acerca da desoneração do tributo federal nas mesmas ou nas respectivas Declarações de Importação. Ao ver desta C. Câmara, isto, por si só, seria impeditivo para a fruição do benefício estadual no caso em comento, conforme o estabelecido no artigo 7º, inciso I, do Decreto nº 11.183/2008. Argumenta, todavia, que o inadimplemento de tais requisitos não foi constatado pelo fiscal autuante, que teve acesso à toda documentação da Autuada durante a fiscalização e, principalmente, não foi objeto da autuação fiscal. Para melhor ilustrar a situação, a Recorrente transcreve trecho da Decisão recorrida.

Argumenta, contudo, que, pela simples análise dos presentes autos, é possível constatar que a Recorrente jamais teve a oportunidade de se manifestar sobre a suposta ausência de informação acerca da desoneração do IPI nas notas fiscais indicadas no v. acórdão ou nas respectivas Declarações de Importação e, conseqüentemente, de se defender acerca de tal acusação de violação ao artigo 7º, inciso I, do Decreto nº 11.183/2008. Mais do que isso, a leitura dos autos permite concluir que o motivo pelo qual a C. 2ª Câmara de Julgamento Fiscal julgou pela parcial

procedência do Auto de Infração sequer foi objeto do trabalho da D. Fiscalização. Isto porque, argumenta, a única infração supostamente cometida pela Recorrente, que justificou a lavratura do Auto de Infração ora guerreado, foi o alegado não recolhimento do ICMS devido nas importações realizadas pelo seu estabelecimento em razão de os códigos de NCM das mercadorias importadas serem distintos dos códigos previstos no Anexo Único do Convênio ICMS 130/2007. E nada mais.

Admitir que esse Egrégio Conselho possa alterar a acusação fiscal, além de representar a mencionada violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, representa também violação ao artigo 142 do Código Tributário Nacional (cujo texto transcreve), pois, afinal, é competência exclusiva da Fiscalização verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributária, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Destaca que o v. acórdão recorrido reconheceu (i) a desnecessidade de os códigos de NCM das mercadorias importadas estarem previstos no Anexo Único do aludido Convênio; (ii) que a Recorrente cumpra todos os requisitos exigidos pelo Convênio; e (iii) que os Pareceres COPEC nº 21.349/2011, 892/2015 e 7.828/2017 aprovaram as operações da Empresa no âmbito do REPETRO por estarem sob o amparo da legislação estadual. Todavia, embora tenha reconhecido que a autuação não deve subsistir sob seus próprios fundamentos, o v. acórdão recorrido trouxe aos autos nova alegação na tentativa (infundada) de manter, ao menos, parte da autuação, sem que a Recorrente pudesse apresentar defesa e provas da sua insubsistência.

Alega que, em verdade, a C. 2ª Câmara de Julgamento Fiscal produziu um novo lançamento fiscal, atividade administrativa que lhe é vedada, já que os órgãos judicantes só devem proferir decisões nos limites da lide apresentada pelas partes, não havendo possibilidade de inovação, sob pena da violação dos princípios da imparcialidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Neste sentido, destaca o entendimento desta própria C. 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em outro processo, em apoio aos seus argumentos.

Defende que, se o órgão julgador descaracterizou a infração que foi imputada nos termos do Auto de Infração (o que efetivamente ocorreu no presente caso, visto que a questão relativa à necessidade de inclusão dos códigos NCM das mercadorias no Anexo Único do Convênio ICMS 130/2007 foi superada pelo v. acórdão recorrido), mas, mesmo assim, entendeu que haveria indícios de cometimento de outra infração, caberia a este órgão recomendar à fiscalização, de ofício, mediante representação, que o fato fosse apurado junto ao contribuinte, ao invés de extrapolar a sua esfera de competência e proceder a novo lançamento fiscal. Transcreve trecho de julgado em apoio ao seu ponto de vista. Destaca que este entendimento foi adotado por esta C. 2ª Câmara em outras ocasiões, conforme ilustrado pela Decisão contida no Acórdão nº 0374-12/15, em que restou consignado que “qualquer outra interpretação dos fatos levará à mudança do fulcro da autuação, por mais que se vislumbre o cometimento de infração fiscal de alguma natureza, o que não pode ser feito sob pena de grave afronta ao direito de defesa do Sujeito Passivo”.

Assegura que os Tribunais pátrios também já se posicionaram sobre a questão, merecendo destaque a recente Decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (cuja ementa transcreve) no sentido de que será considerado violador do contraditório o provimento judicial que ultrapassar as balizas do pedido e da causa de pedir da lide, impondo ao vencido resultado não requerido, do qual não se defendeu.

Nesta toada, defende ser inconteste que o v. acórdão recorrido extrapolou os limites da lide em suas razões de decidir e, conseqüentemente, violou o princípio do contraditório e a garantia da ampla defesa, dando origem a um novo lançamento fiscal, o que é vedado pela legislação estadual, nos termos dos artigos 2º, 42, 153 e 155, do RPAF e pelo artigo 5º, inciso LV da CFRB/1988. Portanto, demonstrada à toda evidência que o v. acórdão foi proferido com preterição do direito de defesa, sustenta que o mesmo deverá ser declarado nulo, nos termos do artigo 18, inciso II do RPAF.

Por todo o exposto, demonstradas à saciedade as razões pelas quais o v. acórdão recorrido não

merece prosperar, requer seja acolhido o presente pedido de reconsideração, a fim de que seja reestabelecida a r. Decisão de Primeira Instância e seja declarada a improcedência total do Auto de Infração, com o consequente cancelamento do mesmo.

VOTO

A questão a ser dirimida por este colegiado se circunscreve à alegação de nulidade da Decisão da 2ª CJF, ao argumento de que teria alterado o fulcro da autuação, pois mantivera o lançamento por fundamentos outros que não aqueles ventilados no Auto de Infração. É o que passamos a analisar.

O exame dos elementos do presente processo revela que o fulcro da autuação é a cobrança do ICMS incidente nas operações de importação promovidas pelo Sujeito Passivo, em relação às quais os autuantes alegaram inexistir isenção, conforme se lê à folha 01, conforme trecho abaixo.

“Contribuinte, usuário de EFD, invocando o Convênio 130/2007 (cópia em anexo) importou mercadorias utilizando-se de isenção (fato verificado em suas NF de Entradas). Entretanto, verificou-se (sic) códigos NCM nas mercadorias importadas, distintos dos previstos no Anexo Único do supra citado Convênio. Assim, o ICMS devido na importação não foi recolhido.”

Embora não tenha negado o fato que lhe foi atribuído, o Contribuinte discordou da sua qualificação jurídica, pois sustentou a existência de um fato impeditivo do surgimento da obrigação tributária, o qual lhe desobrigaria do recolhimento do tributo exigido, qual seja, a isenção prevista no art. 3º, §1º, do Decreto nº 11.183/2008 (REPETRO), pois, a despeito de o fisco ter interpretado que o benefício fiscal somente seria aplicado às mercadorias listadas no Anexo Único do citado decreto, a Autuada fez ver que tal restrição não lhe seria aplicável.

Acolhendo a tese da defesa, a 1ª JJF julgou o presente Auto de Infração improcedente.

Na segunda instância, esta 2ª CJF, após converter o feito em diligência, constatou que, a despeito de inexistir a necessidade de que tais mercadorias tenham os seus NCM's listados no Anexo Único do citado decreto, discordou, contudo, da Decisão de piso, pois entendeu que as operações de importação referidas não preenchem as condições para gozo do benefício fiscal previsto no art. 3º, § 1º do Decreto nº 11.183/08, conforme trecho abaixo.

“Diante do exposto, entendo que o contribuinte cumpriu requisitos exigidos no Convênio ICMS nº 130/07 e pelo Decreto nº 11.183/08, tendo os Pareceres COPEC nº 21.349/2011, 892/2015 e 7.828/2017 aprovado que as operações descritas estão sob o manto da legislação especial desse Estado.

...
Entretanto, constato que diversas notas fiscais relacionadas no demonstrativo possuem destaque do IPI, não constando nenhuma informação de desoneração nas mesmas ou nas respectivas Declarações de Importação, o que é impeditivo para a fruição do benefício, conforme estabelecido no Art. 7º, I, do Decreto 11.183/08, transcrito abaixo: (...)

Assim, não possuem direito ao benefício, já que possuem destaque do IPI, as seguintes notas fiscais: (...).”

Como se pode concluir, a Decisão recorrida, ao examinar as operações de importação, negou-lhe a qualificação jurídica alegada, qual seja, de “isenção”, pois entendeu que a desoneração do IPI é uma das condições impostas pelo Decreto citado, conforme abaixo.

“Art. 7º - A fruição dos benefícios de que trata este decreto fica condicionada:

I - a que as mercadorias objeto das operações nele previstas sejam desoneradas dos impostos federais, em razão de isenção, suspensão ou alíquota zero;

...”

Ao contrário do que alega a Recorrente, a conclusão extraída pela 2ª CJF não alterou o fulcro da autuação, que continua a ser “falta de recolhimento do ICMS-Importação”. Não aduziu, tampouco, argumento novo que pudesse sustentar o lançamento com base em outro fundamento, mas apenas examinou o fato (as operações de importação) e lhe dispensou o tratamento jurídico adequado, à luz da legislação invocada pelas partes. Negou-lhes, portanto, a qualidade de “isentas” por não atenderem a uma das condições postas pela norma, qual seja, a desoneração dos tributos federais.

O sistema jurídico de apreciação das provas no direito brasileiro rege-se pelo princípio da “livre convicção motivada”, o que significa dizer que o julgador, à luz das provas acostadas ao processo, tem ampla liberdade para formação do seu convencimento, conforme prevê o art. 153 do RPAF/99, abaixo transcrito.

“Art. 153. O órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas.”

Não pode, assim, a Recorrente querer impor limites à interpretação do fato posto à apreciação do julgador, pois violaria o princípio jurídico da “*iura novit curia*” cujo alcance semântico quer significar que o julgador conhece o direito, conforme tem decidido o STF, conforme abaixo.

“(…) O art. 93 da CF não resta violado porquanto o juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, podendo fazê-lo conforme o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso (iura novit curia)” (AgRg AgIn 794.759/SC, 1.ª T., j. 13.04.2011, rel. Min. Luiz Fux, DJe 88, de 12.05.2011).”

É verdade que o Sujeito Passivo não possui direito à sustentação oral no julgamento do recurso de ofício, ficando, por isso, impossibilitado de aduzir argumentos que pudessem contribuir para a manutenção da Decisão recorrida.

É por esse motivo que o legislador trouxe a previsão de que a Recorrente pudesse manejar o Pedido de Reconsideração, na situação dos autos, conforme abaixo.

“Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

...

d) pedido de reconsideração da Decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;

...”

Esse é, portanto, o momento processual adequado para que a empresa autuada possa vir a juízo, aduzir os argumentos que julgar suficientes para desconstituir o lançamento, guerreando a Decisão da 2ª CJF. Momento em que pode produzir as provas que possam revelar o desacerto da Decisão atacada.

A despeito da oportunidade concedida pela lei, o Sujeito Passivo limitou-se a alegar a nulidade do Acórdão CJF nº 0323-12/18, intuito que não merece prosperar.

Assim, voto no sentido do NÃO ACOLHIMENTO do presente Pedido de Reconsideração, mantendo a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE

Peço a devida vênia para discordar do i. Relator por entender que houve uma clara alteração da acusação fiscal imposta ao autuado.

O sujeito passivo foi acusado de falta de recolhimento de ICMS devido nas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, sob alegação de ter utilizado o mecanismo da isenção baseado no Convênio ICMS 130/07, todavia, verificou-se, a princípio, que os códigos NCM's das mercadorias importadas eram distintos dos previstos no Anexo único do supracitado Convênio.

Ocorre que no julgamento de piso, o auto foi julgado improcedente, com a justificativa de que o ICMS cobrado nas entradas de mercadorias estava sim acobertada pela isenção, diferente do que entendeu o autuante. O PAF subiu à título de Recurso de Ofício, tendo a 2ª CJF decidido pelo provimento parcial do Recurso, pois entenderam os julgadores que parte dessas mercadorias foram importadas com destaque do IPI, o que impediria o gozo da isenção.

Inovou, portanto, este colegiado, na razão do lançamento, ou seja, o autuado foi acusado de ter cometido uma infração, que foi desqualificada na primeira instância administrativa, mas que foi requalificada em seguida, firmando uma mudança do critério jurídico, pois se trata de questão

que não foi objeto da autuação fiscal, extrapolando assim os limites da autuação.

Resta claro que o Recurso de ofício foi reformado no mérito através de uma inovação de critério, tendo o autuado apenas uma chance de se defender, ficando caracterizado o cerceamento do seu direito de defesa.

É nesse sentido que se apresenta o pedido de reconsideração do autuado, o qual acolho para votar na NULIDADE do presente lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **CONHECER E NÃO ACOLHER o** Pedido de Representação proposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207090.3009/16-3**, lavrado contra **VESCON EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$498.266,23**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Marcelo Mattedi e Silva e Maurício Souza Passos.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Tiago de Moura Simões, Carlos Antonio Borges Cohim Silva e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

TIAGO DE MOURA SIMÕES - VOTO DIVERGENTE

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS