

A. I. Nº - 299314.0001/06-7
AUTUADO - LANXESS – INDÚSTRIA DE PRODUTOS QUÍMICOS E PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO ANDRADE DO NASCIMENTO e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 31/05/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0110-05/07

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDA DE MERCADORIAS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Restou comprovado que se trata de operações de vendas com saídas do armazém geral situado em outro Estado e a legislação prevê o não destaque do imposto por parte do vendedor e sim, o destaque do imposto na nota fiscal emitida pelo armazém geral. Infração descaracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Documentos juntados ao processo comprovam que durante a fiscalização não foram exibidos as notas fiscais, mesmo sendo intimado diversas vezes, tendo o contribuinte declarado que ocorreu o extravio dos mesmos. Mantida a multa aplicada. 3. EXPORTAÇÃO. INDICAÇÃO DA NATUREZA DA OPERAÇÃO COMO SENDO EXPORTAÇÃO, MAS SEM COMPROVAÇÃO DA SAÍDA DAS MERCADORIAS DO PAÍS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentos juntados aos autos comprovam a efetivação das exportações. Infração elidida. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a) DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. **b)** DOCUMENTO LANÇADO EM DUPLICIDADE. Infrações não impugnadas. Rejeitado o pedido de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 21/11/2006, exige ICMS no valor de R\$380.134,17 acrescido de multa de 60%, além de multa no valor de R\$4.600,00 por descumprimento de obrigação acessória, relativo às seguintes infrações:

01. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte efetuou saídas de mercadorias tributadas sem o devido destaque do imposto, conforme registro no livro de Registro de Saída de Mercadorias - R\$331.528,80.
02. Extraviou documentos fiscais, conforme declarado pelo contribuinte no Anexo 3, sendo aplicada multa - R\$4.600,00.
03. Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país, por intermédio de Guias ou Registros de Exportação - R\$16.622,65.
04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais no documento fiscal - R\$5.119,54.

05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade - R\$26.863,18.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 163 a 178), inicialmente diz que para melhor análise, as infrações imputadas serão analisadas individualmente.

Com relação à infração 1, diz que as notas fiscais de números 3487 a 3706, foram emitidas para acobertar operações com armazém geral situado em outro Estado (São Paulo), relativo a vendas de mercadorias anteriormente emitidas e que neste caso, não deve ser destacado o imposto pelo autuado e sim pelo armazém geral, que é responsável pelo recolhimento do imposto, nos termos do art. 673, § 1º, cc. o § 2º, alíneas “b” e “d” do RICMS/BA, que transcreveu às fls. 166 e 167. Destaca que a autuação só levada a efeito, porque as mencionadas notas fiscais não foram analisadas pela fiscalização, que se restringiu a análise do livro de saídas.

Quanto à infração 2, relativa a multa aplicada pelo extravio das notas fiscais de nº 0001 a 3706, salienta que a infração foi capitulada equivocadamente nos art. 93, § 5º, I; art. 97, VIII e art. 124, XI, tudo do RICMS/BA e enquadrada em multa prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, que transcreveu às fls. 168 e 169, que no seu entendimento não trata em nenhum momento em extravio de documentos, inclusive da inexistência do inciso indicado no art. 124.

Afirma que pela análise do Auto de Infração, não tendo havido indicação de dispositivos que culmine com o fundamento legal que determina a autuação, a mesma incorre em vício insanável, violando os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Transcreve a ementa do Acórdão CJF 0354/98, e CS 0209/00, para reforçar o seu entendimento de que deve ser decretada a nulidade desta infração, sob o argumento de que a autuação incorreu em vício insanável. Além disso, diz que a acusação não condiz com a realidade, tendo em vista que a fiscalização baseou-se apenas em “declaração firmada pela Srª. Maria Florízia Almeida Brito, que indicou que as notas solicitadas na ação fiscal de número 0001 a 3706, do ano de 2003, estariam extraviadas”, mas que não houve extravio das citadas notas fiscais.

Transcreve o art. 146 do RICMS/BA, para circunstanciar os procedimentos formais que devem ser adotados quando ocorrer extravio de documentos, e que o dever de informar sobre o extravio de qualquer documento fiscal, caso existisse, deveria ser da pessoa com poderes para representar o estabelecimento autuado, conforme dispõe o item 7.6 do seu contrato social (fl. 188). Ressalta que de acordo com as cláusulas contratuais, a representação da sociedade só é admitida por um dos diretores ou procurador devidamente constituído por instrumento de mandato e que a Srª. Maria Florízia não tem poderes para representar a impugnante.

Alega que as citadas notas fiscais encontram-se devidamente encadernadas e que nesta oportunidade, devido ao grande volume, apresenta as duas primeiras e últimas folhas de cada um dos oito livros e se não constituir prova suficiente, requer diligência para comprovar a sua guarda e que pode ser apresentada qualquer hora ao Fisco.

No que se refere à infração 3, da acusação de não ter efetivamente exportado as mercadorias destinadas ao exterior, diz que faz a apresentação dos Registros de Exportação (RE) referentes às notas fiscais de nºs. 9776, 10348 e 11558, conforme documentos 05 a 07 juntados ao processo (fls. 454 a 469).

Destaca que a nota fiscal de nº 3660, refere-se à remessa de amostra para o exterior, conforme documento 08 (fls. 455 a 457) e que a IN 118/92, vigente à época, dispensava a emissão de RE, nos casos de remessa de amostra grátis em valor não superior a U\$20.000,00, sendo suficiente a apresentação da respectiva nota fiscal.

Transcreve à fl. 175, os artigos 6º e 581 do RICMS/BA, a ementa JJF 0185/01, para reforçar o seu entendimento de que tendo sido comprovada a efetiva exportação das mercadorias, deve ser declarada improcedente esta infração.

Relativamente à infração 4, utilização a mais do crédito fiscal relativo às notas fiscais de nºs. 1173, 1772 e 265, reconhece a procedência desta infração e já providenciou o seu pagamento com a utilização de crédito fiscal decorrente de pagamento a mais de outro Auto de Infração.

Quanto à infração 5, relativa a utilização em duplicidade de crédito fiscal destacado nas notas fiscais de nºs. 1813 e 2147, reconhece também a sua procedência e da mesma forma que dito na infração anterior, já providenciou o seu pagamento.

Por fim, requer a procedência parcial da autuação, o direito de provar tudo que foi alegado, inclusive a realização de diligência em relação à infração 2.

Os autuantes na informação fiscal prestada às fls. 484 a 486, inicialmente discorrem sobre as alegações defensivas e dizem que após a análise dos documentos juntados às fls. 196 a 412, em relação à infração 1, reconhecem que se tratam de operações de vendas de mercadorias depositadas em armazéns gerais e que restou comprovado a regularidade das operações.

Com relação à infração 2, sobre o argumento de que houve indicação errada dos dispositivos infringidos, reconhece que foi equivocadamente capitulado o art. 124, em decorrência da emissão do Auto de Infração informatizado, mas que a indicação de dispositivo regulamentar errado não implica em nulidade da autuação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, nos termos do art. 19 do RPAF.

Quanto ao argumento defensivo de que a Sr^a. Maria Florizia não tinha poderes para representar a impugnante, diz que quando ocorreu o encerramento das atividades da empresa, a mencionada pessoa que pertence ao quadro de funcionários da mesma, se fez representar durante os trabalhos de fiscalização, assinando intimações, recebendo o Auto de Infração e tomando ciência do mesmo, conforme atesta os documentos juntados às fls. 52, 63, 74, 85 e 163 a 480. Salienta que conforme documento juntado à fl. 139 e 140, corroborado pelo email expedido pelo Sr Anderson Faria (fl. 141), durante a fiscalização foi declarado que as notas fiscais objeto da autuação, tinham sido extraviadas.

Afirmam que as notas fiscais indicadas na autuação não foram extraviadas, porém apresentou na defesa só parte dos documentos fiscais, ficando ausente 3.457 documentos. Dizem que no seu entendimento, admitido os fatos descritos, está caracterizada a infração, por não se exigir em caráter definitivo o extravio ou guarda de documentos fora do estabelecimento, e que não tendo sido atendido a intimação, deve ser mantido a multa aplicada.

No tocante à infração 3, afirmam que os documentos apresentados não estão acompanhados das respectivas Declaração de Despacho de Exportação, averbando o embarque para o exterior, motivo pelo qual não estão relacionadas no banco de dados (fls. 143 e 144) da Secretaria da Fazenda. Dizem que os documentos apresentados são impróprios para comprovar as exportações relativas às notas fiscais de nºs. 9776, 10348 e 11558.

Com relação à nota fiscal de nº 3660, que se encontrava no rol de documentos extraviados, mas que a dispensa do RE, não dispensa o controle efetivo da exportação e que os documentos às fls. 470 e 471, não comprova a efetiva exportação das mercadorias depositadas no armazém geral situado no Estado de São Paulo.

No tocante às infrações 4 e 5, tendo sido reconhecidas pelo impugnante, não se pronunciaram.

Ressalta que verificaram todas alegações formuladas pelo defendente e consideraram todos documentos que foram juntados à defesa. Salientam que o contribuinte recebeu cópia de todos os

documentos que consolidam o Auto de Infração e que é insustentável qualquer alegação de cerceamento do direito de defesa.

Finalizam, requerendo a improcedência da primeira infração e manutenção das demais infrações.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 487), tendo concedido prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse, não tendo o mesmo se manifestado no prazo concedido.

A Secretaria do CONSEF juntou à fl. 489, cópia do detalhamento do pagamento do Auto de Infração no SIGAT, indicando o pagamento do valor de R\$54.937,45 em 15/01/07.

Na assentada do julgamento realizado em 16/05/07, o representante do autuado solicitou que fossem acostado ao processo diversos documentos, os quais foram juntados às fls. 491 a 525, para tentar comprovar a regularidade das exportações (infração 3). Argumentou que conforme documentos juntados naquele momento ao processo, as exportações vinculadas às notas fiscais de n.ºs. 9776, 10348 e 11558, possuem números dos Registros de Exportações devidamente averbados, o que no seu entendimento comprova a efetivação das exportações.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da infração 3, sob o argumento de que foram indicados dispositivos do RICMS/BA, que não correspondem à realidade dos fatos descritos na infração e também, que a acusação baseou-se em declaração firmada por pessoa que não tinha poderes para representar o estabelecimento autuado.

Quanto ao primeiro argumento, não pode ser acolhido, tendo em vista na descrição da infração indica multa fixa por extravio de documentos fiscais e descrito que se trata de declaração do contribuinte no Anexo 3, o qual às fls. 139 a 141, junta declaração da própria empresa, informando que foram extraviadas as notas fiscais de n.º 0001 a 3706. Constatado que o autuado entendeu e se defendeu do que estava sendo acusado, tanto que apresentou defesa pertinente com a acusação, inclusive cópias dos documentos tidos como extraviados para tentar elidir a infração. Neste caso, a infração está clara, extravio de documentos fiscais, foi satisfatoriamente descrita e a simples indicação de dispositivos regulamentares equivocados não conduzem à sua nulidade, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/BA:

Art. 18. São nulos:

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo.

Saliento que na informação fiscal foram prestados esclarecimentos quanto aos dispositivos regulamentares corretos, tendo sido cientificado o autuado que não se manifestou. Dessa forma, deixo de acatar a nulidade suscitada, por falta de amparo legal.

Quanto o segundo argumento, também não pode ser acatado, tendo em vista durante os trabalhos de fiscalização, os autuantes efetivaram diversas intimações, arrecadaram documentos, pegaram assinatura do Auto de Infração da funcionária, Sr^a. Maria Florizia Almeida Brito, tudo conforme documentos juntados pelo autuante às fls. 3, 4, 52 e 85. Conforme disposto no art. 109, I do RPAF/BA, é efetivada a intimação:

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente.

Embora o contrato social do recorrente indique cláusulas contratuais na qual a representação da sociedade só é admitida por um dos diretores ou procurador devidamente constituído, para efeitos da legislação tributária é válida a intimação feita ao sujeito passivo, seu representante ou preposto. Logo, não pode ser acatada a tese defensiva de que a declaração formulada pela Sr^a. Maria Florízia não produz efeitos jurídicos, tendo em vista que a mesma é considerada preposto do impugnante, não precisando de instrumento de mandato delegado pelos titulares da empresa para representá-los.

O autuado requereu, também, a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, para comprovar suas alegações em relação à infração 2. Indefiro tal pedido, tendo em vista que os documentos juntados ao processo serem suficientes para a formação da minha convicção, conforme apreciado do mérito.

No mérito, o Auto de Infração acusa o cometimento de diversas irregularidades: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis; da falta de comprovação da efetiva saída do país de mercadorias destinadas à exportação; utilização indevida de crédito fiscal, além da aplicação de multa de caráter acessório pelo extravio de documentos fiscais.

Relativamente à infração 1, os documento juntados com a defesa às fls. 484 a 486, comprovam que as notas fiscais objeto da autuação (n^{os} 3487 a 3706), referem-se a vendas de mercadorias remetidas para armazéns gerais situado em outro Estado, conforme observações apostas nas referidas notas fiscais. Nestas operações, o imposto deve ser destacado na nota fiscal emitida pelo o armazém geral, nos termos do art. 673, e incisos do RICMS/BA, fato reconhecido pelos autuantes. Dessa forma, restou comprovada a regularidade das operações e deve ser afastada a exigência fiscal. Infração insubsistente.

Quanto à infração 2, relativo ao extravio de diversas notas fiscais (0001 a 3706), verifico que a primeira intimação à empresa foi feita em 09/01/06 (fl. 17), tendo em seguida sido feita diversas intimações, conforme cópias juntadas às fls. 18 a 51, sendo a última de 19/07/06, em que reiteradamente foi solicitado a apresentação de diversas notas fiscais, inclusive as relacionadas no Anexo A (fl. 53 a 59); Anexo C e D (fls; 61 a 70) e também a nota fiscal nº 3660, constante do Anexo B (fl. 82), conforme intimação datada de 13/09/06 (fl. 74). Na data da última intimação citada, o preposto do autuado, a Sr^a. Maria Florizia declarou que as notas fiscais de nº 001 a 3760 estavam extraviadas, conforme documento juntado pelo autuante à fl. 140 e também, em email recebido da empresa, cuja cópia foi juntada à fl. 141, foi informado que “em virtude da mudança da nossa filial, as notas fiscais de nº 001 a 3706 do ano de 2003 que estavam encadernadas e foram solicitadas pelo Sr. [fiscalização], foram extraviadas. Nós estamos empenhando o máximo de esforços para encontrar as mesmas”.

Pelo exposto, a exigência pela fiscalização das notas fiscais objeto da autuação, mediante sucessivas intimações, se deu num prazo de mais de seis meses, e não tendo o autuado apresentado às notas fiscais à fiscalização sob o pretexto de que as mesmas foram extraviadas, impossibilitando a aplicação de diversos roteiros de auditorias para certificar-se de que a apuração do ICMS relativo às operações praticadas tinha sido feito corretamente.

Convém ressaltar que conforme disposto nos artigos 144 a 146 do RICMS/BA, os livros fiscais e contábeis, bem como todos os documentos relacionados aos lançamentos neles efetuados, deverão ser conservados, no mínimo, pelo prazo decadencial (art. 965), e, não poderão ser retirados do estabelecimento, salvo quando autorizados pelo fisco. Nos casos de extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, o contribuinte é obrigado a comunicar o fato à Inspetoria Fazendária, no prazo de 8 dias, fato que não havia ocorrido antes da ação fiscal.

Quanto ao argumento de que não ocorreu extravio dos documentos, tendo em vista que apresentou parte deles no momento da defesa, não pode ser acolhida, em razão de que durante a

ação fiscal, a empresa não apresentou os documentos, mesmo que intimado diversas vezes para tal fim, e declarou que os mesmos se encontravam extraviados. Concluo que sua ulterior apresentação, não elimina a multa que foi corretamente aplicada.

Por tudo que foi exposto, não acato as alegações defensivas e considero devido à multa devendo ser retificada para o art. 42, XIX, “a” da Lei nº 7.014/96, conforme abaixo transcrita:

XIX - R\$ 5,00 (cinco reais), por documento inutilizado, extraviado, perdido ou guardado fora do estabelecimento, em local não autorizado, limitada à penalidade, no seu total, a:

a) R\$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais), tratando-se de Nota Fiscal, Conhecimento de Transporte, Nota Fiscal de Venda a Consumidor, Bilhete de Passagem, Cupom de Leitura ou Fita-Detalhe.

No tocante à infração 3, tendo sido acusado de não ter efetivado exportação de mercadorias destinadas ao exterior, o recorrente alegou que:

- a) Os Registros de Exportação (RE) das notas fiscais de nºs. 9776, 10348 e 11558, juntados à fls. 454 a 469 comprovam ter sido efetivada a exportação das mercadorias;
- b) As mercadorias consignadas na nota fiscal de nº 3660, foram remetidas a título de amostra grátis para o exterior (fls. 455 a 457) e que a IN 118/92, vigente à época, dispensava a emissão de RE quando não superior a U\$20.000,00, e que a nota fiscal é suficiente para comprovar a exportação.

O autuante contestou as alegações defensivas, afirmando que os documentos juntados com a defesa não comprovam as exportações e em relação à nota fiscal 3660, que se encontrava entre os documentos extraviados, mesmo se tratando de amostra grátis, não dispensava o controle efetivo da exportação.

Pelo confronto dos demonstrativos elaborados pela fiscalização com os documentos juntados com a defesa, verifico que:

- i) Com relação às notas fiscais de nºs. 9776, 10348 e 11558, o autuado juntou às fls. 455 a 469, cópia de consulta a dados de Contrato de Câmbio emitidos pelo Banco Central e do Registro de Exportação exarado pelo SISCOMEX. Na sessão de julgamento, foi juntado às fls. 502 a 525, para tentar comprovar a efetivação da exportação. Da análise dos documentos, constato que, foram indicados os seguintes dados:

Data	Nota Fiscal	Mercadoria	Fl	Registro Export	Fl	Despacho	Fl	País
15/08/03	9776	Extrusora	457	03/0968487-001	502	20307896536	510	Tailândia
08/04/04	10348	Lustran ABS	461	04/0466174-001	512	20403757223	518	Colômbia
19/12/05	11558	Lustran ABS	304	05/1936597-001	520	2051513098/2	523	Colômbia

Pelo exposto, constato que os documentos juntados ao processo, comprovam os Registros de Exportações vinculados aos respectivos Despacho de Exportação, devidamente averbados, conforme dados de operações de exportações registradas no SISCOMEX. Concluo que, os documentos juntados com a defesa e na sessão de julgamento, comprovam que efetivamente ocorreram as exportações objeto da autuação.

- ii) Com relação à nota fiscal de nº 3660, verifico que a cópia da referida nota fiscal juntada à fl. 471, indica que se trata de operação de “Remessa de Amostras” de 50 kg do produto Lustron ABS, totalizando valor de R\$1.028,00. Constato que a cópia da IN 118/92, cuja cópia foi juntada pelo recorrente às fls. 473 a 474, em decorrência do programa de desregulamentação, estabelecia a seguinte regra no seu art. 1º.

Art. 1º. As unidades da Secretaria da Receita Federal deverão permitir a saída do Território Nacional, mediante a apresentação da Nota Fiscal respectiva, de mercadorias nacionais

adquiridas no mercado interno.

1 - que se comportem no limite de valor equivalente a US\$2.000,00 (dois mil dólares dos Estados Unidos) e, se em valor superior, não revelem destinação comercial.

Ressalte-se que o autuado informou na defesa que a dispensa da emissão de documentos relativos à exportação totalizavam US\$20.000,00, quando o valor correto indicado na mencionada IN é de US\$2.000,00.

Pela análise dos documentos juntados com a defesa, restou comprovado que o valor da remessa do produto a título de amostra grátis é inferior ao limite estabelecido de US\$2.000,00, e em se tratando de procedimentos de desregulamentação, foi emitida a respectiva nota fiscal conforme previsto na citada Instrução Normativa. Dessa forma, é razoável acatar a não apresentação dos documentos formais referente a essa operação, tendo em vista que a emissão da nota fiscal atendeu a exigência prevista na legislação federal de controle de exportação e deve ser acompanhada pela legislação estadual.

Pelo exposto, julgo improcedente a infração 3.

Quanto às infrações 4 e 5, as mesmas foram reconhecidas pelo impugnante na defesa apresentada. Portanto, não havendo quaisquer discordâncias, devem ser mantidas na sua integridade.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração n.º 299314.0001/06-7, lavrado contra **LANXESS – INDÚSTRIA DE PRODUTOS QUÍMICOS E PLÁSTICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.982,72** acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, VII, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.600,00**, prevista no artigo 42, inciso XIX-A, “a”, da citada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

RAIMUNDO OLIVEIRA DOS SANTOS - JULGADOR