

A. I. Nº - 269199.0045/06-7
AUTUADO - FERCHIMIKA INDÚSTRIA E COM. DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
AUTUANTE - SAYONARA AGUIAR PEREIRA RODRIGUES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 31/05/07

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0174-03/07

EMENTA: ICMS. 1. ZONA FRANCA. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DOS PRODUTOS PELA SUFRAMA. Autuado não comprova o internamento das mercadorias na forma prevista na legislação. Mantida a exigência fiscal. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM MERCADORIA SEM COMPROVAÇÃO DA SAÍDA EFETIVA DESTE ESTADO. Não ficou comprovada a efetiva saída das mercadorias deste Estado, ficando caracterizada a utilização indevida da alíquota interestadual. Excluído da exigência fiscal o valor correspondente a uma operação, cuja venda para outro Estado foi comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2006, refere-se à exigência de R\$2.018.318,69 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto, sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Falta de registro de internamento na SUFRAMA, nos meses de dezembro de 2001 e janeiro de 2002. Valor do débito: R\$19.678,80.
2. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de venda de mercadoria a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da federação, utilizando a alíquota interestadual. Simulação de vendas para empresas de outros Estados, sem comprovação da saída do Estado da Bahia e/ou empresas com situação cadastral não habilitada ou inexistente no seu Estado de origem, conforme consulta da situação cadastral no SINTEGRA. Valor do débito: R\$1.998.639,89.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 491 a 541), inicialmente informando que é uma empresa, tendo por objeto social a indústria e o comércio de produtos químicos, sua matriz industrial está localizada na cidade de Piracicaba-SP, produz diversos produtos químicos para utilização em madeiras e metais, tais como vernizes, lacas, esmaltes e thinners, além de insumos industriais de produtos agropecuários, como inseticidas. Diz que além da atividade industrial, o defendente tem forte atuação comercial na distribuição de produtos químicos, estando autorizado pela União Federal para atuar na distribuição de solventes e outros produtos, tendo uma parceria com a empresa Braskem; e visando dar maior fôlego a essa parceria, se instalou nesta Cidade de Salvador, constituindo sua filial comercial, tendo como principal atividade a promoção de venda de mercadorias que produz em sua matriz industrial, estabelecida em São Paulo. Salienta que ao longo de suas operações acabou por acumular elevados créditos de ICMS, boa parte deles oriunda de vendas de seus produtos para clientes estabelecidos em outros Estados, fazendo jus às alíquotas interestaduais. Diz que optou por ceder

parte desses créditos a empresas de renome estabelecidas neste Estado, e para fazer a cessão desses créditos foi exaustivamente fiscalizado por Auditores Fiscais desta Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em três oportunidades diferentes, e por isso, tomou como surpresa a intimação promovida pela Secretaria da Fazenda para início de nova fiscalização, referente ao mesmo período que já havia sido exaustivamente verificado pelas três fiscalizações anteriores. Ressalta que na última fiscalização, teve uma série de situações inesperadas, e numa delas, o procurador do impugnante foi intimado a apresentar uma série de documentos no prazo exíguo de 48 horas, e pela gama de documentos solicitados, sabia-se que era impossível levantar todos no prazo estabelecido. O defendente afirma que foi com absoluta surpresa que recebeu por correio a cópia do presente Auto de Infração, que não merece prosperar, porque traz no seu bojo uma série de incorreções que demandam a sua insubsistência. Apresenta o entendimento de que há uma total incongruência entre a efetiva infração apontada pela fiscalização e cominação legal indicada pela autuante, e esse fato já implica na completa insubsistência da autuação fiscal. Diz que o Auto de Infração é nulo porque nele falta a indicação dos livros e documentos examinados, impedindo o impugnante de saber quais os documentos que a fiscalização se baseou para efetuar o lançamento, e se os valores apurados foram aqueles constantes de sua contabilidade. Portanto, alega que a ausência dessas informações implica nulidade do procedimento fiscal, porque impediu o autuado de exercer seu direito de defesa, contrariando o disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Além disso, o autuado alega nulidade, por ter sido realizada refiscalização do período que já havia sido exaustivamente auditado pelo Fisco Estadual. Reafirma que a empresa sofreu três fiscalizações anteriores, e todas elas resultaram na comprovação da regularidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias tributadas pelo ICMS, tendo sido autorizadas as transferências dos créditos acumulados, e novamente, sem qualquer justificativa plausível, foi refiscalizado o período checado anteriormente, e tal prática afronta os princípios da segurança jurídica, da moralidade da administração pública e da presunção de veracidade dos atos administrativos, e por esse último princípio, as fiscalizações anteriores têm presunção de veracidade, que somente uma prova robusta pode afastar. Conclui que a refiscalização que deu origem ao presente lançamento é nula, por afrontar os princípios da segurança jurídica e da presunção de legalidade dos atos administrativos. Outro pedido de nulidade foi apresentado pelo defendente, sob a alegação de ausência de prova da ocorrência da infração e da sua responsabilidade, pela desconsideração das provas apresentadas ao longo da fiscalização. Diz que não há prova de que, de fato, à época da concretização das operações, as mercadorias não saíram do Estado da Bahia, e sequer o defendente poderia ser responsabilizado por supostas infrações cometidas pelas empresas adquirentes. Reproduz o art. 28, § 4º, inciso II, do RPAF/99, e menciona posicionamento do Conselho de Contribuintes vinculado ao Ministério da Fazenda, “o qual entende que cabe ao Fisco provar a ocorrência da infração apontada, através de provas irrefutáveis e garantindo ao contribuinte seu direito de defesa”. Transcreve a menta do Recurso de nº 125261, e diz que a nulidade do presente Auto de Infração fica patente quando se verifica que, ao ser intimado a apresentar documentos relativos às operações efetuadas, o impugnante comprovou sua total boa fé e lisura; esclarece que nas operações de revenda de produtos químicos, efetuadas por sua filial, a prática era vender com a cláusula FOB, e tais empresas compraram as mercadorias que o impugnante adquiriu da Braskem, ou seja, o impugnante atuava como distribuidora desses produtos, sendo os adquirentes responsáveis por retirar as mercadorias no estabelecimento industrial da Braskem, mediante contratação de uma das transportadoras credenciadas pela mencionada empresa. Diz que comprovou que a responsabilidade pelo frete, na totalidade das vendas era das próprias empresas destinatárias, e tal realidade está comprovada mediante a exibição das notas fiscais das respectivas operações, nas quais constavam que o frete seria por conta do destinatário. Alega que a autuação fiscal ignorou essas provas feitas pelo impugnante desde o início da fiscalização, e salienta que o equívoco da autuação fica mais evidente quando se verifica que até mesmo vendas realizadas para empresas que até hoje estão regularmente constituídas, também foram objeto da autuação fiscal; e se o impugnante não localizou os canhotos no exíguo prazo concedido pela fiscalização,

isso não poderia gerar presunção de que se tratou de operações internas. Entende que a conclusão não tem qualquer conexão com a causa, restando evidente que a autuação fiscal está baseada em pretextos contrários à realidade dos fatos e às provas produzidas. Em relação à presunção de legitimidade do ato administrativo, cita ensinamento do Prof. Paulo Celso B. Bonilha, e sobre as provas, o defendente traz ensinamento do jurista Ricardo Mariz de Oliveira. Quanto ao mérito, o defendente alega que inexistente a irregularidade concernente à remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus, assegurando que as mercadorias foram, de fato, remetidas à mencionada Zona Franca, fazendo jus à isenção do ICMS, e na verdade, a SUFRAMA tem demorado meses ou anos para divulgar a lista de produtos entrados na ZFM, e os contribuintes não podem sofrer penalidades pela morosidade da referida autarquia federal, devendo ser aceitos outros comprovantes que demonstrem a internação das mercadorias. Por isso, o defendente entende que antes de lançar o crédito tributário, o autuante deveria diligenciar junto ao adquirente da mercadoria para verificar quais outras provas teria da internação da mercadoria na ZFM. O autuado argumenta que jamais houve simulação alguma, vendeu a empresas sérias que estão até hoje em funcionamento, e que imbuído da mais absoluta boa-fé, vendeu as mercadorias a empresas que posteriormente foram declaradas inidôneas, e tal fato não poderia ser imputado ao impugnante. Entende que o Fisco tenta imputar responsabilidade por suposta falha de terceiros, e inexistindo previsão legal para tal transferência de responsabilidade, a fiscalização utiliza do pretexto de simulação de notas fiscais. Destaca que, como já explicado anteriormente, o frete é por conta e risco do destinatário, tendo sido realizadas as vendas sob a cláusula FOB, e não é praxe comercial antes de celebrar uma venda a empresas que desejam comprar seus produtos, verificar o cadastro do adquirente perante o SINTEGRA. Assegura que adotou todos os procedimentos determinados pela Lei para a realização de operações interestaduais com mercadorias, que foram remetidas até o Estado de destino, e ainda que se pudesse aceitar que eventualmente as mercadorias tenham sido desviadas pelo destinatário, isso não macula a regularidade da conduta do impugnante, portanto, entende que não há fundamentação para a presunção adotada pela fiscalização, porque o autuante construiu um raciocínio equivocado de que, pelo fato de os destinatários terem sido declarados inidôneos, ou pela ausência do canhoto das notas fiscais, encobriam simulação. Quanto aos arts. 50, I, “b” e 124, I do RICMS-BA, indicados na autuação como infringidos, o defendente alega que os mencionados dispositivos regulamentares, em nenhum momento, determinam as consequências trazidas pela autuante, ao contrário, dispõem sobre a alíquota aplicável e o prazo de recolhimento do imposto devido. Portanto, em nenhum momento esses dispositivos foram violados, haja vista que as notas fiscais de saídas emitidas continham a alíquota correta (interestadual). O autuado alega, ainda, que é necessário que o Estado junte aos autos todos os documentos que conduziram à cassação da inscrição estadual, demonstrando os motivos que conduziram à cassação, e em que data ocorreu tal cassação, e no presente caso, não houve a juntada dessa documentação. Em relação à empresa Agripec Química e Farmacêutica do Nordeste S/A, o impugnante diz que, em consulta ao SINTEGRA da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, a mencionada empresa consta como regularmente habilitada desde 1961 (Doc. 72, fl. 614 do PAF), também seu CNPJ está totalmente regular (Doc. 71, fl. 613), e além disso, as informações no site da mencionada empresa consta que não só se trata de empresa regularmente ativa, como de grande tradição, por isso, é inverídica a informação constante do presente Auto de Infração. O defendente sustenta que meros extratos da internet, inclusive equivocados, como ficou demonstrado com a empresa Agripec, são insuficientes para lastrear uma autuação, e se o Fisco Estadual não procedeu à investigação, porque deveria o impugnante, em se tratando de comprador, fazê-lo? Comenta sobre uma decisão do STJ, além de entendimento de José Eduardo Soares de Mello, além de recurso provido do STJ, e salienta que nas consultas efetuadas junto ao SINTEGRA e à Receita Federal, na maioria dos casos, a data constante do SINTEGRA como de inabilitação das empresas compradoras é posterior à da realização das operações com o impugnante, ou seja, quando as operações foram realizadas com as mencionadas empresas, as suas inscrições encontravam-se regulares, inexistindo qualquer motivo para que o defendente não celebrasse negócios jurídicos com tais

empresas. Frisa, também, que não há notícia de publicação da declaração de inidoneidade de nenhuma das empresas em questão, fato que torna imperfeita a autuação, uma vez que falta um pressuposto para a sua validade e existência, e se não foram publicados os atos de cancelamento dos registros e declaração de inidoneidade, foi violado o princípio constitucional da publicidade, conforme previsto no art. 37, da Constituição Federal. Comenta, ainda, sobre o entendimento da jurisprudência de que o terceiro de boa-fé que compra mercadorias de empresas declaradas inidôneas não pode ser responsabilizado por essa, e terceiros compradores, mesmo com a inidoneidade, ainda mantêm o direito ao crédito do ICMS. Reafirma que não há possibilidade de se considerar simulação de vendas para empresas regularmente situadas em outro Estado, inclusive em relação à empresa Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda., empresa de grande porte, fundada desde 1951, e pertencente ao conhecido Grupo Edson Queiroz, que está totalmente regular com os seus cadastros. Em relação à multa aplicada, o defendente alega que não pode ser mantida, porque viola a ordem constitucional. Diz que o princípio da vedação do confisco atinge por inteiro o crédito tributário na sua acepção mais lata, salientando que a multa fiscal ou tributária não pode ser utilizada como expediente ou técnica de arrecadação. Neste sentido, transcreve ensinamento do jurista Sacha Calmon Navarro Coelho; cita decisões do STF, art. 150, IV da Constituição Federal e conclui que a multa merece ser afastada, ao menos ser reduzida para um patamar não superior a 20%, percentual utilizado pela própria SEFAZ e pela União Federal a título de multa moratória. Contesta, também, a aplicação da taxa SELIC, apresentando o entendimento de que a SELIC configura-se verdadeiro juro remuneratório do capital investido pelos adquirentes de títulos públicos, e que é inconstitucional a aplicação da mencionada taxa. Finalizando, o defendente requer, seja julgado nulo o presente Auto de Infração, por cerceamento de defesa, e caso assim não for entendido, que seja julgado improcedente, descaracterizando-se as infrações apontadas; que seja afastada a multa aplicada, e na hipótese de ser mantida, que ao menos não ultrapasse o percentual de 20%. Protesta pela juntada de novos documentos e declarações não colacionadas junto com as razões de defesa, bem como, a produção de outras provas, como perícia, ofício, declarações, constatações e diligências.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 650-A a 658 dos autos, rebate as alegações defensivas, transcreve o art. 18, I, do RPAF/99, argumentando que em relação à primeira infração, o autuado reconhece que não há comprovação de internamento das mercadorias à SUFRAMA, tendo sido alegado pelo defendente que o registro leva anos para ser ultimado, mas não apresentou qualquer prova de que efetivamente foi realizada a internação da mercadoria. Salienta que a internação se refere ao exercício de 2001 e até o momento nada consta na consulta feita na SUFRAMA. Quanto à infração 02, diz que a exigência fiscal se refere à falta de comprovação de quais são os destinatários das mercadorias, tendo em vista a falta de conhecimento de transporte acobertando as operações, falta de documentos como faturas, duplicatas ou qualquer outro documento que identificasse os destinatários das mercadorias, tendo sido apurado, também, inabilitação ou inexistência dos destinatários nos seus respectivos Estados, situação verificada por meio do SINTEGRA, após o levantamento das notas fiscais dos clientes do autuado, conforme planilha às fls. 241 a 293, sendo entregue uma cópia ao sujeito passivo. Quanto à revisão do lançamento, a autuante transcreve o art. 149 e seus incisos, do CTN; diz que a empresa foi intimada a apresentar os conhecimentos de transporte que acobertaram as operações por ele realizadas, mas conforme documento à fl. 12, o autuado não apresentou os documentos solicitados, com a alegação de que o transporte foi FOB; e na mesma intimação (fl. 7) foi solicitado que o autuado apresentasse documentos que comprovassem que os pagamentos das mercadorias comercializadas foram efetuados pelos destinatários constantes nas notas fiscais, já que não havia prova do transporte, e muitas empresas destinatárias encontravam-se canceladas à época das operações. Informa que o autuado apresentou extratos do Banco Itaú S/A (fls. 20 a 205), mas não foi possível vincular os depósitos efetuados às empresas destinatárias das mercadorias, tendo em vista a falta de identificação do depositante em cada extrato, e essa informação foi manuscrita pelo autuado, sendo impossível comprovar a veracidade dessas informações. Não havendo comprovação do transporte e do destinatário das mercadorias, foram solicitados das empresas transportadoras

indicadas nas notas fiscais de saída emitidas pelo autuado, os conhecimentos de transporte que acobertaram as operações indicadas nas mencionadas notas fiscais, e conforme os documentos de fls. 442 a 448, só parte dos conhecimentos solicitados foi apresentada, tendo como transportador QUIMITRANS, a mesma situação se repetindo em relação às demais transportadoras: fls. 449 a 453, JBS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.; em relação à solicitação de fls. 217 a 222, referentes aos conhecimentos da empresa JR TRANSPORTE LTDA., foram apresentados conhecimentos que constavam o visto do seu representante. Também foram apresentados os documentos de transporte ACT/CTRC relacionados às fls. 454 a 455 (Transportes Cavalinho Ltda.). Diz que anexou ao PAF (fls. 768/769) documento emitido pela empresa Transportes Cavalinho Ltda., no qual a mencionada empresa declara que dentre os conhecimentos solicitados pela fiscalização houve a prestação de serviço de transporte para apenas parte das empresas citadas na intimação de fls. 206/209. Informa que anexou aos autos os demonstrativos constando a situação cadastral das empresas destinatárias (fls. 695 a 716), embora o autuado tenha declarado à fl. 12 que não tinha conhecimento da situação cadastral dessas empresas. Quanto à alegação do autuado de que houve presunção e que atualmente, parte das empresas destinatárias figuram como não habilitada perante os cadastros de seus respectivos Estados, argumenta que o autuado não comprova a remessa das mercadorias para os destinatários indicados nas notas fiscais, tanto as empresas ativas, como empresas não habilitadas. Salienta que a fatura de nº 4052, emitida pela Transportes Cavalinho Ltda., referente ao transporte de mercadorias para a Agripec Química e Farmacêutica do Nordeste, correspondente à NF 1326, de 09/04/2003, o contratante do transporte é o autuado, e por isso, a sua declaração de que na totalidade de suas operações a responsabilidade pelo frete era do destinatário, não é verdadeira. Ressalta que as empresas que se encontram ou se encontravam, à época das operações, regularmente constituídas e as operações foram objeto da autuação por falta de apresentação dos conhecimentos de transporte, ou seja, as operações com empresas regulares foram incluídas no levantamento fiscal por falta de apresentação de documentos que comprovassem o trânsito das mercadorias, e para deixar mais claro, foi elaborada uma planilha em que estão separadas as situações nas quais se encontravam empresas à época das operações com o autuado. Salienta que a infração apurada ficou comprovada com a verificação no SINTEGRA (fls. 294 a 305) da situação dos destinatários, que se encontram inaptos ou inexistentes, a exemplo da Nacional Química do Nordeste, CNPJ 04.115.306/0001-44, e também, pela falta de apresentação dos conhecimentos de transporte que acobertaram o trânsito das mercadorias. Salienta, também, que foram solicitados documentos como faturas, duplicatas que comprovasse as operações e que os destinatários eram realmente aqueles indicados nas notas fiscais, mas todas as operações realizadas pelo autuado foram a vista, por meio de depósito bancário, sem identificação do depositante (fls. 20 a 205) ou por pagamentos realizados em carteira, conforme informação prestada pelo autuado à fl. 17. Quanto à alegação defensiva de que a fiscalização está tentando imputar responsabilidade ao autuado por suposta falha de terceiros, a autuante reproduz o art. 142 (caput) e inciso I, do RICMS/97, salientando que nas operações interestaduais, o procedimento deve ser o mesmo, e o autuado tem a obrigação de se certificar quanto à situação cadastral do destinatário, e se tivesse feito, teria observado que parte das empresas para as quais constam notas fiscais de sua emissão como destinatárias das mercadorias, se encontravam em situação irregular. Se era praxe a verificação da situação cadastral das empresas com as quais o autuado realizava operações, ele deveria ter observado que algumas dessas empresas encontravam-se em situação irregular à época das operações, sendo que essa situação se refere à inscrição estadual apurada pelas Secretarias Estaduais, não havendo que se falar em CNPJ, que é da competência da Refeita Federal. Diz que não há qualquer comprovação da alegação defensiva de que as Secretarias da Fazenda retroagem a data de declaração de inidoneidade, e com relação à empresa Agripec Química e Farmacêutica do Nordeste S/A, informa que houve a comprovação de todas as operações, após a circularização com o destinatário e o transportador, e por isso, o valor relativo a essa empresa fica excluído da exigência fiscal, conforme novo demonstrativo que acostou aos autos. Em relação às empresas SEMETAL S/A, e Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda., afirma que não foi possível comprovar

as saídas das mercadorias do Estado, tendo em vista que não foram apresentados os conhecimentos de transporte que acobertaram o trânsito das mercadorias nas respectivas operações. Quanto à inclusão na infração de remessa de mercadorias feitas pelo autuado para a sua própria matriz, a autuante esclarece que se deve ao fato de não ter sido apresentado o conhecimento de transporte. Diz que foi solicitado da transportadora indicada nas notas fiscais de fls. 264, 265, 267 e 280 a 285, Transportes Cavalinho Ltda., mas conforme declaração da transportadora, nos exercícios de 2001 a 2003 não consta o transporte das mercadorias referente às referidas notas fiscais emitidas pelo autuado. Assim, a autuante contesta todas as alegações defensivas, inclusive em relação à preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, e finaliza pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal prestada pela autuante, o defendente se manifestou (fls. 779 a 798), ratificando a totalidade da impugnação inicial. Reafirma o pedido de nulidade do Auto de Infração alegando que: a) houve erro na capitulação legal dos fatos, e apesar de a autuante ter reconhecido, tendo refeito as planilhas separando as situações distintas, o defendente entende que o erro ainda persiste, e que não houve retificação do dispositivo legal tido como infringido, e por isso, argumenta que mesmo separando as planilhas de acordo com as situações distintas, não houve o cumprimento ao art. 18, § 1º do RPAF-BA. Assim, as duas infrações indicadas pela autuante (antes era uma), não se adequam à hipótese estabelecida nos dispositivos regulamentares ditos como infringidos; b) foi realizada refiscalização de período que já havia sido exaustivamente auditado pelo Fisco Estadual, anteriormente, sendo reconhecido como existentes e válidos os créditos de ICMS oriundos justamente das vendas efetuadas a contribuintes de outros Estados. Entende que há necessidade de que se apontasse de forma concreta e expressa os motivos pelos quais as conclusões das fiscalizações anteriores mereciam ser afastadas; c) ausência de prova da ocorrência da infração apontada, tendo em vista que a autuante apenas alega que não foram apresentadas provas contrárias às conclusões da fiscalização, esquecendo-se que o ônus da prova era seu, e isso seria suficiente para acarretar nulidade da autuação; d) inexistência dos conhecimentos de transporte para comprovação da saída das mercadorias do Estado, da prova do pagamento, considerando que, conforme alegado na impugnação inicial, as vendas foram efetuadas sob a cláusula FOB, ocorrendo o frete por conta do destinatário, e o impugnante não poderia ter acesso aos conhecimentos de transporte, e a falta de entrega desses conhecimentos para a autuante não poderia gerar a presunção de que as mercadorias nunca saíram do Estado da Bahia. Diz que há inúmeros Conhecimentos de Transporte nos autos, inclusive com carimbos de conferência de postos fiscais de fronteira, que comprovam que as mercadorias saíram deste Estado, portanto, entende que está correta a aplicação da alíquota interestadual nas operações, e que ficou evidenciado o cerceamento de defesa, porque nunca se deu ciência ao autuado desses conhecimentos, encontrando-se documentos como o da Transportadora Cavalinho (fls. 719 a 766), que somente foram juntados ao PAF em 28/02/2007 (recibo de entrega à fl. 718), data posterior à lavratura do auto de Infração, inclusive, após a apresentação da impugnação inicial. Assegura que esses documentos demonstram de maneira irrefutável que houve regular saída das mercadorias do Estado da Bahia, o que foi ignorado pela fiscalização. Além disso, a autuante não solicitou cópia dos conhecimentos de todas as transportadoras que porventura tenham efetuado o transporte das mercadorias para outros Estados, e mesmo as transportadoras que foram consultadas não tinham a obrigação de fazer buscas em seus arquivos para encontrar cada conhecimento de transporte, tendo em vista que se trata de tarefa penosa que demanda tempo e recursos humanos, sendo custosa e sem qualquer benefício para as transportadoras. Salienta, também, que por se tratar de um volume considerável de documentos envolvidos, pode haver equívocos, tanto por parte das empresas, quanto por parte da própria fiscalização, o que se pode comprovar pela informação de que algumas transportadoras informaram que não tinham conhecimento de transporte referente a algumas notas fiscais, mas que tinham outros conhecimentos que não foram objeto da solicitação. Quanto às provas do pagamento referentes às vendas das mercadorias, o defendente alega que não cabe razão aos argumentos da autuante, tendo em vista que foram apresentados os

extratos bancários em que foram demonstrados os depósitos e/ou recebimentos em carteira referentes a cada uma das notas fiscais, inclusive com igualdade de data e valores, sendo improcedente a alegação da autuante de que os extratos não apresentam a identificação do depositante. Diz que a identificação do depositante no extrato não tem relevância para a fiscalização, uma vez que interessa para fins de comprovação é a efetiva realização das operações e o fechamento do ciclo comercial pelo pagamento, tendo sido anotado em cada um dos depósitos o nome da empresa pagadora para facilitar o trabalho da fiscalização; e) inexistência de irregularidade e da impossibilidade de se imputar ao autuado a responsabilidade pela inidoneidade de terceiros. O defendente sustenta que sempre consultou ao SINTEGRA antes de proceder às vendas e que à época das operações as empresas constavam como regulares perante o cadastro, e por força do costume adotado em todos os Estados da Federação, quando das diligências necessárias ao cancelamento de inscrições estaduais, ao fazer o cancelamento da inscrição de forma retroativa, algumas vezes atingiu a própria data da constituição da empresa. Salienta que fez a juntada dos CNPJ de cada uma das empresas, comprovando que, ao contrário do que constava no SINTEGRA, as datas de cassação do registro eram todas posteriores às operações objeto da autuação. Ademais, não poderia o impugnante fazer prova de que a cassação da inidoneidade de cada uma das empresas teria sido anterior às operações, tendo em vista que se trata de documentos acobertados pelo sigilo fiscal, e por isso, ainda que quisesse “rodar” as Fazendas Estaduais do Brasil em busca de cada um dos processos de cassação, não teria sucesso, considerando que esses procedimentos são sigilosos. Por fim, o defendente ratifica integralmente os termos da impugnação inicial, pede que seja acolhida a preliminar de nulidade do presente Auto de Infração, e se assim não for entendido, que seja julgado improcedente, descaracterizando-se as infrações apontadas e afastando a multa aplicada, diante da legalidade da conduta do impugnante e da comprovação de regularidade das operações, e na remota hipótese de assim não se entender, que ao menos seja determinada a exclusão dos créditos relativos às vendas efetuadas antes da declaração de inidoneidade das empresas compradoras, àquelas feitas a empresa que ainda permanecem em situação regular e aqueles cujos conhecimentos de transporte foram juntados aos autos, bem como, a diminuição do percentual discriminado no lançamento a título de penalidade, que a multa de ofício, ao menos, não ultrapasse o percentual de 20%, e por fim, que seja afastada a incidência da Taxa SELIC, substituindo tal índice pelo percentual de 1% ao mês, de acordo com o art. 161, § 1º, do CTN.

VOTO

Quanto às preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração, sendo que, eventuais incorreções na indicação dos dispositivos infringidos, alegadas pela defesa, não implicam nulidade, haja vista que, pela descrição dos fatos, ficaram evidentes as infrações apuradas, e o autuado entendeu as infrações que lhe foram imputadas, se defendeu apresentando alegações relativas ao mérito da autuação fiscal.

O defendente alega que não há prova de que, de fato, à época da concretização das operações, as mercadorias não saíram do Estado da Bahia, e sequer poderia ser responsabilizado por supostas infrações cometidas pelas empresas adquirentes. Entretanto, não é acatada a alegação defensiva, tendo em vista que a autuação é decorrente de registros dos destinatários como não habilitados no SINTEGRA; da falta de comprovação da saída das mercadorias e da conseqüente falta de comprovação da entrega aos respectivos destinatários constantes nas notas fiscais de saída, sendo exigido o imposto por falta da comprovação solicitada pela autuante.

O defendente também apresenta o entendimento de que há uma total incongruência entre a efetiva infração apontada pela fiscalização e a cominação legal indicada pela autuante, e que esse fato já implica a insubsistência da autuação fiscal. Além disso, alega que o Auto de Infração é nulo porque nele falta a indicação dos livros e documentos examinados, impedindo o impugnante de saber quais os documentos que a fiscalização se baseou para efetuar o

lançamento, e se os valores apurados foram aqueles constantes de sua contabilidade; alega ausência de prova da ocorrência da infração e da sua responsabilidade, pela desconsideração das provas apresentadas ao longo da fiscalização.

Em relação a essas alegações, constato que nos demonstrativos elaborados pela autuante, foram indicadas as notas fiscais que lastrearam o levantamento fiscal, tendo sido acostadas aos autos as intimações ao contribuinte e transportadoras solicitando as comprovações necessárias, sendo solicitado, inclusive, os comprovantes de pagamentos dos clientes relativos às vendas realizadas pelo autuado, o que não foi comprovado, conforme declarações às fls. 10 a 19 do PAF, e como já foi dito anteriormente, eventuais incorreções na indicação dos dispositivos infringidos, não implicam nulidade da autuação, haja vista que, pela descrição dos fatos ficaram evidentes as infrações apuradas.

O defendente também alega nulidade do Auto de Infração, por ter sido realizada refiscalização do período que já havia sido exaustivamente auditado pelo Fisco Estadual. Diz que a empresa sofreu três fiscalizações anteriores, e todas elas resultaram na comprovação da regularidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias tributadas pelo ICMS. Entretanto, a Fazenda Estadual pode apurar, em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de elementos que possam configurar obrigações tributárias, e as fiscalizações efetuadas podem ser objeto de revisão fiscal ou refiscalização. Portanto, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência, e se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

No mérito, a primeira infração trata da falta de recolhimento do ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus, com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Falta de registro de internamento na SUFRAMA, nos meses de dezembro de 2001 e janeiro de 2002.

O defendente alega que, se for comprovado que as mercadorias foram recebidas pelos destinatários, resta comprovada a condição estabelecida na legislação para gozo da isenção, ainda que o contribuinte não logre comprovar o internamento junto à SUFRAMA. Apresenta o entendimento de que, antes de lançar o crédito tributário, o autuante deveria diligenciar junto ao adquirente da mercadoria para verificar quais as provas teria da internação da mercadoria na ZFM.

Observo que o autuado reconhece a necessidade de o estabelecimento remetente comprovar o efetivo internamento das mercadorias, haja vista que o benefício da isenção está condicionado a essa comprovação, e de acordo com o art. 11, do RICMS/97, quando a fruição de benefício depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação.

Referente à comprovação do internamento das mercadorias, o RICMS estabelece:

Art. 598. Observar-se-á o disposto no Convênio ICMS 36/97, sem prejuízo de outros controles fiscais previstos ou que venham a ser estabelecidos:

I - no tocante à comprovação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas, com a formalização do internamento;

II - no tocante aos procedimentos fiscais a serem adotados;

Por sua vez, o Convênio 36/97, prevê, em relação à formalização do internamento das mercadorias:

Cláusula oitava A formalização do internamento consiste na análise, conferência e atendimento dos requisitos legais referentes aos documentos fiscais retidos por ocasião da vistoria, nos termos do § 1º da cláusula quarta, por meio dos quais foram acobertadas as remessas de mercadorias para as áreas incentivadas.

Cláusula décima terceira Decorridos no mínimo 120 (cento e vinte) dias da remessa da mercadoria, sem que tenha sido recebida pelo fisco da unidade federada informação quanto ao ingresso daquela nas áreas incentivadas, será iniciado procedimento fiscal contra o remetente mediante notificação exigindo, alternativamente, no prazo de 60 (sessenta) dias, a apresentação:

I - da Certidão de Internamento referida na cláusula oitava;

II - da comprovação do recolhimento do imposto e, se for o caso, dos acréscimos legais;

III - de parecer exarado pela SUFRAMA e SEFAZ/AM em Pedido de Vistoria Técnica.

§ 1º Apresentado o documento referido no inciso I, o fisco cuidará de remetê-lo à SUFRAMA que, no prazo de 30 (trinta) dias de seu recebimento, prestará informações relativas ao internamento da mercadoria e à autenticidade do documento.

À luz do RICMS/97 e do Convênio ICMS 36/97 (que dispõe sobre os procedimentos relativos ao ingresso de produtos industrializados de origem nacional na ZFM, com isenção do ICMS), a comprovação deve ser efetuada pelo remetente, e não pelo transportador, como entendeu o autuado, conforme previsto na Cláusula décima terceira do mencionado Convênio, acima reproduzida. Portanto, a documentação comprobatória não foi apresentada, e tal omissão está em desacordo com a previsão do RICMS e Convênio 36/97, não podendo ser acolhida.

Quanto ao direito do autuado de juntar a comprovação necessária, esse direito foi garantido, e de acordo com o art. 123, do RPAF-BA, haja vista que é assegurado ao sujeito passivo fazer impugnação do lançamento, e essa impugnação deve ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Os argumentos defensivos constituem simples negativa do cometimento da infração o que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143, do RPAF-BA). Concluo pela subsistência desta infração.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de venda de mercadoria a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da federação, utilizando a alíquota interestadual, sem comprovação da saída do Estado da Bahia e/ou empresas com situação cadastral não habilitada ou inexistente no seu Estado de origem, conforme consulta da situação cadastral no SINTEGRA.

Quanto à exigência fiscal em decorrência da situação cadastral irregular dos destinatários, o art. 50 do RICMS/97, estabelece:

Art. 50. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 17%, exceto nas hipóteses de que cuida o artigo subsequente:

(...)

b) nas operações e prestações em que os destinatários das mercadorias ou os tomadores dos serviços estejam localizados em outra unidade da Federação e não sejam contribuintes do imposto;

Vale ressaltar, que o cancelamento de inscrição estadual de contribuinte implica não ser o estabelecimento considerado inscrito enquanto persistir a pendência. Por isso, o tratamento previsto para os contribuintes com inscrição cancelada é o mesmo que se atribui a contribuinte sem inscrição, ou a mercadoria sem destinatário certo.

A autuante elaborou demonstrativo correspondente a cada estabelecimento destinatário das mercadorias, constando a situação cadastral e a respectiva data, de acordo com as informações obtidas por meio de consultas ao SINTEGRA, conforme extratos acostados aos autos. Assim, o levantamento fiscal foi efetuado em relação às seguintes empresas: Tech Blend Químico e Derivados (fls. 243 a 245 e 276/277), Marcelo Junqueira Maciel Dias (fl. 246), Fercylas Ind. Com. de Produtos (fls. 247 a 255 e 279 a 283), Prisma Caxias Produtos Químicos Ltda. (fls. 256 a 262 e 278), Firelub Distribuidora de Produtos Químicos e Lubrificantes Ltda (fl. 263 a 265 e 287 a 289), Ferchimika Ind. Com. Produtos Químicos - matriz (fl. 266), Semetal Ind. com. S/A (fl. 267), Bahiana Distribuidora de Gás Ltda. (fl. 268), Nacional Química do Nordeste Ltda. (fls. 269/270), ICT Ind. e Com. De Tintas e Vernizes Ltda. (fls. 271 a 273 e 285/286), Ferroquim Indústria Química Brasileira Ltda. (fl. 274), SIGJA Química Geral Ltda. (fl. 284), Nacional Gás Butano (fls. 290/291), Agripec Química e Farmacêutica do Nordeste (fl. 292), Tecnomecânica Esmaltec Ltda. (fl. 293).

O autuado alega que a revenda de produtos químicos foi efetuada com a cláusula FOB, e os seus clientes compraram as mercadorias que o impugnante adquiriu da empresa Braskem, ou seja, o defendente atuava como distribuidor desses produtos, sendo os adquirentes responsáveis por retirar as mercadorias no estabelecimento industrial da Braskem, mediante contratação de uma das transportadoras credenciadas pela mencionada empresa.

Quanto a esta alegação, a autuante encaminhou intimações às transportadoras, solicitando a apresentação de comprovantes dos pagamentos dos Conhecimentos de Transporte e livro Razão da conta “clientes” do período fiscalizado: Transportes Cavalinho Ltda (fl. 206); Quimitrans Transportes Ltda. (fls. 210 e 224); JR Transportes Ltda. (fl. 217); JB Transportes Ltda. (fl. 226).

A autuante informa que a empresa Transportes Cavalinho Ltda., declarou às fls. 768/769 que dentre os conhecimentos solicitados pela fiscalização, houve a prestação de serviço de transporte para apenas parte das empresas citadas na intimação de fls. 206/209.

Quanto aos extratos bancários apresentados pelo autuado, concordo com a informação da autuante de que os mencionados extratos (fls. 20 a 205), não permitem vincular os depósitos efetuados às empresas destinatárias, tendo em vista a falta de identificação do depositante em cada extrato, e essas informações foram manuscritas pelo autuado, sendo impossível comprovar a sua veracidade.

O autuado alega, ainda, que constatou equívocos na autuação, que fica mais evidente quando se verifica que até mesmo vendas realizadas para empresas que ainda estão regularmente constituídas também foram objeto da autuação fiscal, e se o impugnante não localizou os canchotos no exíguo prazo concedido pela fiscalização, isso não poderia gerar presunção de que se tratou de operações internas.

A autuante esclareceu, que a exigência fiscal se refere à falta de conhecimento de transporte acobertando as operações de saídas interestaduais; falta de documentos como faturas, duplicatas ou qualquer outro documento que identificasse os destinatários das mercadorias, tendo sido apurado, também, inabilitação ou inexistência dos destinatários nos seus respectivos Estados, situação verificada por meio do SINTEGRA. Portanto, as operações com empresas regulares foram incluídas no levantamento fiscal por falta de apresentação de documentos que comprovassem o trânsito das mercadorias, e para deixar mais claro, foi elaborada uma planilha em que estão separadas as situações nas quais se encontravam empresas à época das operações com o autuado (fls. 660 a 718).

Não acato a alegação defensiva de que o erro ainda persiste; que não houve retificação do dispositivo legal tido como infringido; que mesmo separando as planilhas de acordo com as

situações distintas, não houve o cumprimento ao art. 18, § 1º do RPAF-BA. Entendo que no refazimento das planilhas, a autuante não apresentou novos elementos ao PAF, tendo esclarecido na informação fiscal que para deixar mais claro, foram elaboradas planilhas em que estão separadas as situações nas quais se encontravam empresas à época das operações com o autuado, sendo intimado o defendente e concedido o prazo de dez dias para a sua manifestação acerca dessas planilhas.

Quanto à inclusão na infração de remessa de mercadorias feitas pelo autuado para a sua própria matriz, a autuante esclareceu, também, que se deve ao fato de não ter sido apresentado o conhecimento de transporte. Diz que foi solicitado da transportadora indicada nas notas fiscais de fls. 264 a 267 e 280 a 282, Transportes Cavalinho Ltda., mas conforme declaração da transportadora, nos exercícios de 2001 a 2003 não consta o transporte das mercadorias referente às referidas notas fiscais emitidas pelo autuado.

Tendo em vista a falta de conhecimento de transporte acobertando as operações, falta de documentos como faturas, duplicatas ou qualquer outro documento que identificasse os destinatários das mercadorias, tendo sido apurado, também, inabilitação ou inexistência dos destinatários nos seus respectivos Estados, situação verificada por meio do SINTEGRA, foi exigido o imposto do autuado por erro na utilização de alíquota interestadual sem comprovação de que, efetivamente ocorreu essa operação.

O defendente sustenta que meros extratos da internet, inclusive equivocados, como ficou demonstrado com a empresa Agripec, são insuficientes para lastrear uma autuação, salientando que nas consultas efetuadas junto ao SINTEGRA e à Receita Federal, na maioria dos casos, a data constante do SINTEGRA como de inabilitação das empresas compradoras é posterior à da realização das operações com o impugnante, ou seja, quando as operações foram realizadas com as mencionadas empresas, as suas inscrições encontravam-se regulares.

A autuante informou à fl. 657, que não há qualquer comprovação da alegação defensiva de que as Secretarias da Fazenda retroagiram a data de declaração de inidoneidade, e com relação à empresa Agripec Química e Farmacêutica do Nordeste S/A, disse que houve a comprovação de todas as operações, após a circularização com o destinatário e o transportador, e por isso, o valor relativo a essa empresa fica excluído da exigência fiscal, conforme novo demonstrativo que acostou aos autos. Em relação às empresas SEMETAL S/A, e Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda., afirmou que não foi possível comprovar as saídas das mercadorias do Estado, tendo em vista que não foram apresentados os conhecimentos de transporte que acobertaram o trânsito das mercadorias nas respectivas operações.

Concluo que o autuado não comprovou a entrega das mercadorias aos destinatários constantes nas notas fiscais por ele emitidas; e os extratos bancários apresentados não identificam os depositantes, ficando prejudicada a prova pretendida, haja vista que as anotações manuscritas efetuadas nos mencionados extratos não foram originalmente informadas pelas instituições bancárias. Portanto, voto pela subsistência parcial desta infração, no valor de R\$1.995.714,87, acatando o novo demonstrativo de débito às fls. 714/715, com a exclusão do imposto exigido referente à Agripec Química e Farmacêutica do Nordeste.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, de acordo com o art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que este órgão julgador não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o § 1º, do art. 169, do RPAF/99.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II do § 2º do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	19.678,80
02	PROCEDENTE EM PARTE	1.995.714,89
TOTAL	-	2.015.393,69

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269199.0045/06-7**, lavrado contra **FERCHIMIKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.015.393,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR