

A. I. N° - 299314.0902/12-9
AUTUADO - SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
AUTUANTES - SÉRGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 26.06.2013

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0113-02/13

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA NÃO CONTRIBUINTE. Estando o destinatário localizado em outro Estado e não sendo contribuinte do ICMS, a alíquota aplicável é a prevista para as operações internas. Infração caracterizada. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. É devida a inclusão do IPI na base de cálculo referente às vendas interestaduais para consumidor final. Infração subsistente. 3. SAÍDAS DE MERCADORIAS PARA FIM DE EXPORTAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA EXPORTAÇÃO NO PRAZO REGULAMENTAR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A não incidência do ICMS nas saídas de mercadorias, com o fim específico de exportação, condiciona ao estabelecimento remetente a comprovação da referida exportação. Infração subsistente. Afastada preliminar de nulidade arguida na defesa. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/09/2012, refere-se à exigência de R\$92.157,86 de ICMS, acrescido da multa de 60% tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

01: recolhimento a menos de ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, nos meses de janeiro a dezembro de 2008 e janeiro, março a maio, julho e dezembro de 2009, no valor de R\$53.683,01;

02: recolhimento a menos de ICMS em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, quando da venda de mercadorias a consumidor final, em operações interestaduais nos meses de janeiro a dezembro de 2008, e janeiro, março a maio, julho e dezembro de 2009, no valor de R\$25.887,77;

03: deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza de exportação, sem comprovação da efetiva saída do país, por intermédio de guias ou Registros de Exportação, nos meses de março de 2008 e abril de 2009, no valor de R\$12.587,08.

O autuado impugnou o auto de infração (fls. 37 a 50), através de advogados, procuração fl.52. Traça resumidamente um histórico da empresa. Diz que exerce suas atividades no ramo industrial e comercial de artefatos de plásticos e suas matérias primas.

Menciona que no final do ano de 2005, a empresa requereu a sua recuperação judicial, em razão das dificuldades que surgiram e afetaram diretamente ao mercado, em decorrência da globalização e da falta de um ajuste fiscal e tributário eficiente, além da elevação dos juros que atingiram diretamente o custo dos produtos industrializados pela Autuada. Diz que conforme se

infere nos documentos do anexo II, vem a empresa cumprindo integralmente o plano de recuperação judicial, que foi aprovado pelos credores. Descreve as infrações que lhe foram imputadas aduzindo serem improcedentes.

Sobre a infração 01, sustenta que os autuantes entenderam que a empresa efetuou vendas interestaduais para não contribuintes do imposto e que ao invés de aplicar a alíquota interna (17%), utilizou a interestadual (12%). Por este motivo teria a empresa destacado ICMS a menor nos documentos fiscais relativos a estas saídas. Sustenta que em nenhum documento apresentado, seja na descrição da infração ou no demonstrativo fiscal, os Autuantes indicaram o motivo pelo qual entenderam que os destinatários das mercadorias são não contribuintes, e esta omissão impede a empresa de contestar o enquadramento dos destinatários das mercadorias. Menciona que o enquadramento utilizado (art. 50, inciso I, alínea “b” do RICMS/BA) também não daria indicativos das razões que levaram os Autuantes a entender que os destinatários das mercadorias se enquadram na condição de não contribuintes.

Assevera que esta omissão é um claro cerceamento ao seu direito de defesa e por isso deve-se decretar a nulidade do lançamento, conforme determina o art. 18, inciso II do RPAF/99, que reproduz. Cita situações fáticas que entende similar e tiveram a decretação de nulidade aplicada pelo CONSEF. Transcreve a súmula nº 01 do CONSEF que entende ser aplicável ao caso. Requer a nulidade da infração 03. Transcreve o art. 4º da Lei Complementar Nº 87/96, art. 36 do RICMS/97 da Bahia.

Sustenta que não há como o fornecedor de uma mercadoria identificar dentre milhares de clientes quais deles efetuam operações de circulação de mercadorias com habitualidade ou com intuito comercial. Afirma que a única referência que existe é o cadastro de contribuintes de ICMS de cada Estado e se o fisco de destino concedeu a inscrição estadual para uma determinada empresa foi porque no entendimento dele, fisco, a condição de contribuinte está presente. Assevera que o levantamento efetuado pelos Autuantes apresenta a terceira coluna denominada “Insc. Estadual”, onde indica que quase todas as saídas que foram objeto de autuação destinaram-se a empresas inscritas no cadastro de contribuinte do Estado onde está situado o destinatário da mercadoria. Diz que não há na documentação acostada ao auto de infração qualquer prova de que os destinatários, regularmente inscritos no cadastro de ICMS de seus respectivos Estados, não realizem operações com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial. Pede a improcedência da infração.

Sobre a infração 02, afirma que decorre diretamente da infração 01. Diz que os Autuantes entenderam que a empresa efetuou vendas interestaduais para não contribuintes do imposto e que por este motivo o IPI deveria ter sido incluído na base de cálculo do ICMS.

Aduz que pelos mesmos motivos expostos na impugnação apresentada ao item anterior, pede-se pela nulidade deste item, pois os Autuantes não indicaram os motivos pelos quais eles entenderam que os destinatários das mercadorias são não contribuintes.

Pede que caso não seja determinada a nulidade arguida, seja decretada a improcedência desta infração por estar comprovado que a impugnante efetuou saídas interestaduais para empresas inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS dos Estados de destino.

Vê equívoco na determinação da base de cálculo apurada pelos Autuantes e diz ter havido erro no custo devido na transferência para outros Estados. Conclui que o levantamento elaborado pelos Autuantes carece de precisão, não permitindo que o montante do débito seja determinado com segurança. Menciona que as diferenças apuradas pelos Autuantes constituem-se apenas em indícios de irregularidade o que pela nossa legislação não se admitiria a autuação, pois violaria regras basilares estampadas na nossa Constituição. Nesse sentido, cita o tributarista Paulo de Barros Carvalho, Roque Antonio Carrazza.

Sobre a infração 03 diz que os Atuantes cobraram o ICMS referente às notas fiscais de nº 133703 e 143060, emitidas respectivamente em 31/03/2008 e 24/04/2009, relativo a saídas de mercadoria com destino ao exterior que entenderam como não exportadas.

Aduz que, conforme documentos juntados, os produtos foram exportados, como se infere dos extratos extraídos do SISCOMEX referentes àquelas operações. Sustenta fazer prova as Declarações de Despacho, fls.79 e 82/83 do PAF.

Afirma que devido ao princípio da oportunidade impugna a aplicação da multa de sessenta por cento (60%) porquanto tal penalidade reveste-se de natureza confiscatória, desde quando nem o tributo pode ter a natureza de confisco, quanto mais uma penalidade pecuniária. Transcreve o art. 150 da CF/88. Sobre a matéria cita doutrina e jurisprudência. Requer a improcedência da autuação, bem como a redução da multa aplicada.

Os autuantes em informação fiscal às fls. 87/96 dos autos, após resumir os termos da defesa dizem que relativamente à infração 01, o contribuinte já teria sido anteriormente autuado por cometer esta mesma infração, conforme Auto de Infração nº 207103.0002/05-2, do qual, inclusive, dizem aproveitar alguns dados, pois, retiraram algumas cópias reprográficas e anexara ao presente PAF, fls.18, 21, 24, 25 e 26. Assim, dizem entender que foi bastante facilitado o reconhecimento por parte do contribuinte da continuada prática dos mesmos procedimentos que caracterizam a infração em tela. Dizem que o contribuinte continuou cometendo a mesma infração nos exercícios posteriores ao fiscalizado e autuado no auto de Infração retrocitado, inclusive, relativamente aos mesmos clientes. Informam que o citado auto de infração foi julgado procedente, conforme Acórdão nº. 442-04/05 que transcrevem com decisão confirmada pela 1ª Câmara, Acórdão nº 12511/06.

Relemboram que de igual modo, o contribuinte em posterior ação fiscal foi novamente autuado por cometer esta mesma infração, Auto de Infração nº 299.314.0001/08-3, também, foi julgado procedente. Dizem não fazer qualquer sentido a declaração do sujeito passivo de que desconhece as razões que levaram os Autuantes a entender que os destinatários das mercadorias se enquadram na condição de não contribuinte, conforme alegação defensiva.

Frisam que não houve qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Sobre a alegação de que não há como o fornecedor de uma mercadoria identificar dentre milhares de clientes quais deles efetuam operações de circulação de mercadorias com habitualidade ou com intuito comercial, sendo impossível que seja efetuado um acompanhamento junto a todos os clientes de forma a precisar aqueles que não são contribuintes, comprova conforme sua própria declaração, que não zela pela emissão de documento fiscal, desconsiderando se seus clientes são ou não são contribuintes do ICMS.

Mencionam que o deficiente confunde o mero cadastro de pessoa jurídica junto à Secretaria de Fazenda estadual, com o fato de ser o cadastrado contribuinte do ICMS. Explicam que existem pessoas jurídicas não obrigadas a se inscrever no cadastro de contribuinte, transcrevendo do RICMS/BA, o art. 150, inciso V, alínea “b”, que dispõe sobre a não obrigatoriedade de cadastro por pessoas jurídicas não contribuintes do ICMS, demonstrando dessa forma que no caso concreto os clientes do autuado mesmo inscrito na Secretaria de Fazenda é, de fato, não contribuinte do ICMS.

Salientam que da análise dos documentos acostados ao PAF, pode se constatar que as atividades econômicas que os adquirentes interestaduais dos produtos da Sansuy exercem são próprios de prestadores de serviços.

Solicitam aos Conselheiros deste CONSEF que, em caso de dúvida, seja promovida revisão fiscal por auditor estranho ao feito, ou se for preciso, havendo prazo e necessidade, poder-se-ia pensar enviar preposto fiscal da SEFAZ/BA ao menos ao estado de São Paulo, para coletar os dados que certamente poderão substanciar este PAF. Dizem que às fls.14 e 15, pode se verificar que os clientes do autuado são prestadores de serviços gráficos, publicidade, marketing, fotografia, de comunicação visual, aluguel de máquinas e equipamentos, dentre outros.

Sobre a infração 02, afirmam que o contribuinte declara decorrer diretamente da infração 01, no entanto os argumentos defensivos para elidir a infração sem qualquer fundamentação legal, efetivamente não foram proveitosos para sua defesa.

Salientam que é sabido, que o valor do IPI integra a base de cálculo do ICMS quando da venda de mercadorias a consumidor final, contudo, o autuado efetuou vendas a não contribuintes, como se contribuintes fossem, sem a inclusão da referida parcela. Destacam que, as consultas públicas às fls.16 a 26 do PAF utilizadas para comprovar se tratarem de não contribuintes referentes à infração 01, se prestam, também, para a infração 02. Dos citados documentos, se extrai que, de fato, não são contribuintes do ICMS. Dizem manter a autuação original.

Relativamente a alegação defensiva sobre “custo de produção”, “insumos”, art. 52 e art. 56 do RICMS/BA, dizem nada ter encontrado que tenha qualquer nexo com a infração 02. De igual forma, mencionam que não há qualquer nexo entre a autuação e o argumento do autuado sobre o cálculo de custo devido na transferência, pois a infração 02 não está relacionada a qualquer dos itens arrolados pelo Contribuinte, ou seja, transferência, ficha de estoque, custo unitário, CPV, matéria-prima, material secundário, acondicionamento ou mão-de-obra. Informam que o Autuado deve estar se referindo a outro Auto de Infração que apontou esta irregularidade.

Sobre a infração 03, afirmam que o autuado declara que foi cobrado ICMS referente às notas fiscais nº 133703 e 143060, emitidas respectivamente em 31/03/2008 e 24/04/2009, relativo a saídas de mercadoria com destino ao exterior que, os autuantes entenderam não terem sido efetivamente exportadas e assevera que tais mercadorias foram exportadas, como se infere dos extratos do SISCOMEX referentes àquelas operações. Ou seja, a presunção atribuída pela declaração dos autuantes foi infirmada pelos documentos apresentados. O sujeito passivo frisa que os autuantes entenderam que as mercadorias não foram exportadas, no entanto isto ocorreu, conforme Declarações de Despacho (doc. 04 e doc. 5).

Os autuantes observam que ao contrário do que declara o contribuinte, verifica-se que:

- a) a nota fiscal de fl. 78, se refere a nota fiscal de nº 133703, referente mercadoria com peso líquido de 20.752,15 kg, porém, o documento de fl. 79 se refere a mercadoria com peso líquido de 19.445,98 kg e a nota fiscal de nº 00134086, portanto, trata-se de documentos incompatíveis, sem qualquer valor probante;
- b) a nota fiscal de fl. 81, se refere a nota fiscal de nº 143060, referente mercadoria em quantidade de 595 unidades, com peso líquido de 738,50 Kg porém, o documento de fls. 82 e 83 se refere a mercadoria em quantidade de 1.225 unidades, com peso líquido de 1.139,50 kg, portanto, trata-se de documentos nos quais não há qualquer evidência ou mesmo indício que possa ser útil para relacionar de maneira indubitável as mercadorias constantes do documento fiscal nº 143060, mesmo porque, houveram outras saídas de mercadorias idênticas neste período.

Afirmam terem comprovado que o sujeito passivo não apresentou documentação que confirme a efetiva saída do país, das mercadorias relativas às notas fiscais de nº 133703 e 143060, dessa forma mantêm a infração 03 conforme originalmente cobrado no auto de infração.

Sobre a sanção aplicada relativamente a multa de 60% que o Autuado afirma ser confiscatória dizem que se trata de matéria cuja apreciação não é de competência dos auditores fiscais.

Concluem que na falta de apresentação de provas que elidissem a acusação fiscal consideram improcedente a defesa e opinam pelo julgamento integralmente procedente do auto de infração.

VOTO

Este lançamento de ofício é composto de 03 infrações: (I) recolhimento a menos de ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual; (II) recolhimento a menos de ICMS em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, quando da venda de mercadorias a consumidor final em operações interestaduais; (III) deixou de recolher o ICMS nas saídas de

mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza de exportação, sem comprovação da efetiva saída destas mercadorias do país.

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal. Os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveram as infrações, fundamentando-as com a indicação dos documentos e demonstrativos específicos, bem como de seus dados e cálculos, assim como o fundamento de direito.

Examinando os autos, não identifico violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações.

Assim, constato que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Rejeito o pedido de diligência formulado pelos autuantes, tendo em vista que os elementos constantes do processo são suficientes para formar a minha convicção conforme disposto no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, as infrações 01 e 02 referem-se a recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota na venda de produtos da autuada para não contribuintes do imposto situados em outra unidade da Federação, e a falta de inclusão do IPI, referente a estas vendas, na composição das respectivas bases de cálculos do imposto, respectivamente.

O cerne da questão é identificar se as vendas realizadas tiveram como destinatários empresas contribuintes ou não do ICMS.

A impugnante sustenta que as empresas compradoras dos seus produtos eram contribuintes do ICMS nas datas em que foram realizadas suas operações, tendo em vista que possuíam inscrição estadual em seus Estados.

Os autuantes rebatem o argumento defensivo informando ter constatado durante a ação fiscal que os adquirentes interestaduais dos produtos da autuada são prestadores de serviços e não contribuintes do ICMS, apesar de possuírem inscrição estadual.

Nas fls. 14/15 está contido o demonstrativo do levantamento fiscal relacionando todas as notas fiscais, uma a uma, onde se verificam as saídas com ICMS destacado a menos por tratar-se de vendas a não contribuintes. Nas folhas 16 a 26 estão apensadas cópias de extratos da Receita Federal, que registram o cadastramento das empresas destinatária das mercadorias comercializadas pela autuada, não deixando dúvidas que a atividade desenvolvida por estas empresas é de prestação de serviços gráficos, de publicidade, marketing, fotografia, de comunicação visual, aluguel de máquinas e equipamentos, dentre outros, se confirmando, portanto, que tais clientes não são contribuintes do ICMS.

De acordo com o art. 151 do RICMS/BA “O que caracteriza ser determinada pessoa contribuinte do ICMS não é o fato de estar ou não inscrito no cadastro estadual, e sim o preenchimento ou não dos requisitos do art. 36”.

Ao verificar o referido artigo, observamos que a definição de contribuinte do art. 36 é a seguinte: “Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

A partir desta definição, concluo que a atividade fim das empresas adquirentes interestaduais dos produtos da impugnante não implica fato gerador do ICMS, portanto, não podem ser caracterizadas como contribuintes deste imposto. Os serviços de propaganda e publicidade estão definidos no item 85 da lista de serviços do Decreto-Lei 408/86, sem qualquer ressalva de

incidência do ICMS, situação que impõe a incidência do imposto sobre serviços consoante estabelece o § 1º do art. 8º do referido Decreto.

Ante ao exposto, entendo que a alíquota aplicável nestas operações é 17% e não 12%, como também é devida a inclusão do IPI nas respectivas bases de cálculo, portanto, confirmo os valores lançados originalmente para estas infrações. Mantidos os lançamentos.

No que tange à infração 03, os autuantes em ação fiscal constataram que o sujeito passivo emitiu as notas fiscais nº 133703 e 143060, em 31/03/2008 e 24/04/2009, respectivamente, com destino à exportação, entretanto não comprovou as saídas destas mercadorias conforme alegado concluindo, portanto, que tal exportação em verdade não ocorreu.

O autuado anexa ao PAF extratos do SISCOMEX asseverando que tais mercadorias foram exportadas, como se infere das Declarações de Despacho, fls. 79/83.

Os autuantes observam que ao contrário do que declara o contribuinte verifica-se da análise dos documentos apresentados pelo sujeito passivo a existência de divergências quanto ao peso das mercadorias registrado na nota fiscal de fl.79, com a quantidade descrita na nota fiscal nº 133703, fl.78, alvo da autuação; de igual forma se verifica que o documento apensado à fl. 81, se refere a nota fiscal de nº 143060, que registra mercadoria em quantidade de 595 unidades, com peso líquido de 738,50 kg , porém, o documento de fls. 82 e 83 registra quantidade de 1.225 unidades, com peso líquido de 1.139,50 kg, portanto, não há qualquer evidência para relacionar de maneira inequívoca que as mercadorias constantes do documento fiscal nº 143060 foram exportadas, mesmo porque, houveram outras saídas de mercadorias idênticas neste período.

Da análise dos documentos apresentados pelo contribuinte, observo que não são suficientes para elidir a infração, pelo fato de o autuado não ter acostado ao PAF uma cópia da 1ª via do Memorando Exportação, bem como os registros de exportação e as declarações de exportação associados especificamente às notas fiscais alvo da autuação, registrando coincidência de peso quantidade e valor. Estes documentos específicos são os que realmente comprovam as efetivas exportações. Tudo conforme estabelece o § 2º do art. 587 do RICMS/97. Infração subsistente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração..

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299314.0902/12-9**, lavrado contra **SANSUY S/A INSÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$92.157,86**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “a” do art.42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR