

A. I. Nº - 207090.0001/13-7
AUTUADO - IPLASA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS SALVADOR LTDA
AUTUANTES - EDMUNDO NEVES DA SILVA e MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 11.02.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº:0021-05/15

EMENTA: ICMS 1 SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE CONTRATADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Pelas inúmeras provas apresentadas na sequência da fl. 97, fica caracterizada a prestação sucessiva do serviço de transporte. Acolhida a redução de multa. Infração 1 procedente em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE ADQUIRIDO JUNTO A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Infração reconhecida. 3 ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Infração reconhecida. 4. IMPORTAÇÃO. RECOLHIMENTO DE ICMS EFETUADO A MENOS. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESAS ADUANEIRAS NA BASE DE CÁLCULO. Não pode o impugnante se eximir do custo da capatazia na base de cálculo do ICMS, só porque na DI consta que a operação é CIF. A capatazia é um custo atípico, sem condição de ser previsto com exatidão antes do desembarque e desembaraço na aduana. Necessário pois, que todos os custos, inclusive o de capatazia, tenham sido efetivamente assumidos pelo remetente e isto não se comprova pelos documentos apresentados. Infração 4 procedente. 5. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. 6. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DO IPI. MERCADORIAS DESTINADAS A INSCRIÇÕES INAPTAS. Infração reconhecida. Não acolhida preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 27/03/2013, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$31.367,25, em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

01 – Deixou de recolher o ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais sendo lançado o valor de R\$9.274,89, nos exercícios de 2008 e 2009, acrescido da multa de 150%.

02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de serviço de transporte junto às microempresas ou empresas de pequeno porte, sendo lançado o valor de R\$5.330,95 acrescido da multa de 60%.

3 – Recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e destinadas a clientes do Estado da Bahia inscrito na condição NORMAL, utilizando-se indevidamente de alíquota diferenciada constante do art. 51, I,

do Dec. 6.284/97, infringindo o art. 142, I e art. 50 I, do referido decreto, sendo lançado o valor de R\$8.639,81, acrescido da multa de 60%.

4 – Recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, sendo lançado o valor de R\$4.001,61, acrescido da multa de 60%.

5 – Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, emitindo notas fiscais de brindes e presentes deixando de efetuar a tributação prescrita nos arts. 564 e 565 do RICMS/BA 97, sendo lançado o valor de R\$132,00 acrescido da multa de 60%.

6 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto, por emitir notas fiscais de saídas de mercadorias destinada a clientes deste Estado, que se encontram na situação INAPTOS, quando o IPI deveria estar incluído na base de cálculo, e a alíquota utilizada deveria ser 17%, sendo lançado o valor de R\$3.988,19, acrescido da multa de 60%.

A impugnante apresenta defesa à fls. 1102/113, e diz que quanto às infrações 2, 3, 5 e 6, decidiu recolher aos cofres do Estado, o montante do ICMS apontado, como forma de simplificar esta impugnação, mas que convém inicialmente destacar que o auto de infração em debate, padece de nulidade, decorrente da inobservância do devido processo legal, uma vez que os prepostos fazendários foram imprecisos ao apontar as infrações supostamente cometidas pelo autuado, pecando absurdamente no seu enquadramento nos dispositivos legais que arrolou (infrações 1 e 4) e genericamente no que concernem às demais infrações imputadas.

Alegam que os autuantes não forneceram a via do contribuinte, do termo de encerramento/auto de infração, e os demonstrativos a que se referiram, em meio magnético, conforme determina o § 3º, art. 8º C/c o art. 28, § 4º, inciso II e art. 46 do RPAF, o que fulmina a sustentação do auto por cerceamento do direito de defesa.

Que nesse sentido, o AI é nulo ao teor do artigo 18, inciso II, do RPAF, por representar ato administrativo praticado com preterição do direito de defesa, conforme estabelece o instrumento legal; aduzem que é patente a nulidade do auto de infração, em debate, pelos fatos apontados acima, pelo enquadramento da empresa em supostas infrações não cometidas, genéricas e imprecisas.

Que ultrapassada a análise das preliminares de nulidade argüidas, no caso da infração 1, que os autuantes se reportam a não recolhimento de imposto retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, cometem um rotundo engano conforme enumeração a seguir:

A empresa não reteve o imposto relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais;

Os transportadores como exigem nas transações, receberam através de boleto bancário o valor total da prestação sucessiva de transporte incluído os tributos, conforme comprovantes (ANEXO 02);

1. Ficou sob o encargo dos transportadores o recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia;
2. Este não é um caso de apropriação indébita, a empresa não reteve parcela de tributo do prestador de serviço de transporte, não estando sujeita ao pagamento do imposto e, sobretudo à multa de 150% sobre o valor supostamente devido.

Que na infração 4, na qual constatarem recolhimento a menos do ICMS devido pelas importações do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo por falta de inclusão das despesas aduaneiras até o desembaraço, e pela utilização incorreta da taxa cambial, os prepostos do fisco praticaram mais um grande equívoco, pois que:

1. Quando do desembaraço aduaneiro os tributos referentes à nacionalização das mercadorias foram devidamente recolhidos aos cofres do Estado e da União, respectivamente;
2. No que concerne ao pagamento do ICMS ao Estado a liquidação pode ser comprovada pelo fisco analisando os DAE de recolhimento (ANEXO 03), comparando-os com as Notas Fiscais emitidas (ANEXO 04) e com as Guias de Importação (ANEXO 05).

Assim, diante dos fatos demonstrados e do direito exposto, requer a autuada a declaração de nulidade das infrações 1 e 4 do Auto de Infração e/ou que se determine a revisão do feito por outro auditor para confirmar o que aqui foi posto e caso desta forma não entenda essa JJF, que determine a improcedência das infrações impugnadas.

A informação fiscal foi apresentada pelos autuantes às fls. 1.562/68, quando comentam inicialmente que a impugnante acata as infrações 2, 3, 5 e 6, promovendo o pagamento de parte dos valores devidos, naquelas infrações, através do Certificado de Crédito constante da folha 1.554, complementando os valores com DAE, e comprovante de pagamento, constantes das folhas 1.559 e 1.560, resumindo-se portanto, a sua defesa, às Infrações 1 e 4.

Que nas folhas 1.106 a 1.109, o contribuinte alega cerceamento de defesa como preliminar de nulidade, mas que do exame das folhas 1 e 4 deste processo, onde se encontram descritas todas as infrações deste Auto, especialmente as de nº 1 e 4, contestadas, está destacado que o contribuinte recebeu cópia dos Levantamentos Fiscais a que se referem as infrações correspondentes.

Quanto à discussão do mérito na infração 1, do exame do Extrato da Arrecadação, 2008, 2009 e 2010, folhas 11 a 14 deste Auto, verifica-se que o contribuinte, na qualidade de substituto tributário, deixou de recolher ICMS devido por Substituição Tributária, nas operações de transportes elencadas realizadas por Transportadora(s) inscrita(s) no Cadastro Estadual, conforme Xerox da(s) consulta(s) anexada(s). Acosta em anexo, cópias dos CTIRC relacionados no Levantamento, do LRE, onde as referidas operações foram lançadas e do LRAICMS 2008 e 2009.

Ressalta que o contribuinte, entre as folhas 1.110 e 1.111, apresenta sua irrisignação sobre a Infração 1 do AI examinado e admite que adquire Serviço de Transporte por Prestações Sucessivas (ver item 2 da folha 1111); afirma no item 3 da mesma folha, que ficou sob o encargo dos transportadores o recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia; assevera que não reteve o imposto relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais (veja item 1 da folha 1110); insubordina-se quanto à multa de 150% aplicada à infração.

Assevera que o impugnante admite que adquire Serviço de Transporte por Prestações Sucessivas, que sujeita-se ao art. 380, II do Dec.6284/97 – RICMS. Que todos os CTIRC anexados na autuação, constantes das folhas 87 a 407 deste Auto, comprovam, de maneira inequívoca, serem de operações sujeitas a Substituição Tributária.

Que os serviços de transportes se iniciaram neste Estado e que a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição exclui a do contribuinte substituído, no tocante à obrigação principal. Adiante, no mesmo art. 382, II, Parágrafo 3, está expresso que a base de cálculo do imposto devido pelo transportador, para efeitos de retenção pelo responsável é a prevista no art. 62 (que é o valor efetivamente contratado), e a alíquota é a correspondente às prestações internas ou interestaduais, conforme o caso.

Destaca que a comprovação da não retenção do ICMS devido, se fez na defesa, através dos documentos que anexa ao processo (entre os documentos que junta de maneira desnecessária, os relevantes, capazes de modificar a infração autuada, estão nas folhas 1121, 1133, 1134, 1135, 1150, 1151, 1152, 1173, 1174, 1190, 1191, 1192, 1193, 1207, 1210, 1211, 1223, 1224, 1234, 1235, 1236, 1250, 1251, 1263, 1264, 1278, 1279, 1290, 1291, 1307, 1308, 1316, 1317, 1330, 1331, 1332, 1356, 1340, 1341, 1363, 1364, 1375, 1376, 1382, 1383, 1384, 1396, 1397, 1415, 1416, 1425, 1426, 1439, 1440, 1446, 1447, 1462, 1472, 1475, 1482, 1483).

Assim, nos termos do art. 18, Parágrafo 1º do RPAF, acata a redução da multa, pretendida pelo contribuinte, de 150%, (do art. 42, V, a, da Lei 7014 / 96) para 60%, do art. 42, II, “d” e “e”, do mesmo Diploma Legal) e que sobre a alteração da multa, proposta, o contribuinte será intimado, para que no prazo de 10 dias da intimação, sobre ela se manifeste, querendo.

Que na infração 4, recolheu a menos o ICMS devido pelas importações das mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial e que foi entregue cópia ao contribuinte, Levantamento Fiscal – IMPORTAÇÃO (folhas 469 e 470 deste Auto).

Ainda em anexo, acrescenta as Declaração de Importações relacionadas no Levantamento, das Notas Fiscais de entradas de mercadorias, dos documentos comprobatórios das despesas aduaneiras incorridas, nos termos do art. 58, I, do Dec. 6284 /97 (veja os documentos referidos entre as folhas 471 e 580 deste processo), e cópia do extrato da arrecadação 2008, 2009 e 2010 (folhas 11 a 14).

Diz que na sua defesa, vide folha 1.111, o contribuinte limita-se a juntar documentos que já constavam do processo e assim, fazer uma defesa genérica, argumentando que os impostos foram recolhidos. Alega que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal e que assim prescreve o art. 143 do RPAF.

Que embora o ICMS referente às operações autuadas tenham sido recolhidos, eles o foram a menor, conforme está demonstrado nos Levantamentos apresentados e nos documentos comprobatórios, devidamente anexados. Como a autuada não apresenta um único elemento impeditivo, modificativo ou extintivo da infração autuada, mantém a infração 4 do Auto examinado, em todos os seus termos e valores. Pede que julgue o AI 207090.0001/13-7 seja julgado parcialmente procedente.

A IPLASA se manifesta fls. 1573/75 reclamando do prazo de dez dias e da não entrega do livro de inventário. Em preliminar de nulidade e no mérito expressa insurgência quanto aos valores lançados nas infrações 1 e 4 do auto de infração, pelo que, requereu a realização de Diligência Fiscal, por preposto estranho ao feito, uma tentativa de conhecer melhor o que foi apurado, por absoluta falta de elementos em que se basear, pelos motivos invocados na impugnação

Reitera não ter recebido cópia dos Levantamentos Fiscais elaborados pelo Fisco, fato reconhecido às fls. 1.564 do PAF, fls. 3 (três) da informação fiscal: “será fornecida ao autuado cópia dos Levantamentos Fiscais, em meio magnético, das infrações 1 a 6 do AI examinado, para que no prazo de 10 dias da intimação, sobre eles o contribuinte se manifeste, querendo”.

Alega que concederam prazo de apenas 10 dias em contraponto aos 30 dias oferecido pela legislação para Impugnação, mantida a dificuldade de ampla defesa, pela exigüidade de tempo para reunir os elementos de prova indispensáveis, assim como não disponibilizaram os levantamentos em meio magnético não devolveram o Livro de Inventário, referente ao exercício de 2008 (vide cópia do email em seguida).Que foi atendido em parte, quanto ao montante da multa (de 150% para 60%) em face de sua defesa, contudo foi mantida a exigência de imposto absolutamente indevido.

Reportando-se especificamente à infração 01, diz que não há que se falar em não recolhimento de ICMS “retido” como “sujeito passivo por substituição”, pertinente a “prestações sucessivas” de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais. Que não houve retenção do ICMS, e o encargo ficou sob a incumbência do transportador, que o exigiu e que não firmaram contrato de prestação de serviços para prover uma relação formal de “sucessividade” e se não fizeram a retenção do ICMS, não há porque o fisco nos exigir o imposto

Quanto à infração 4, afirma que não houve recolhimento a menor do ICMS devido pelas

importações de mercadorias do exterior assim como não há erro na determinação da base de cálculo do imposto, vide documentos que apensamos à impugnação que o fisco teima em desconsiderar. Para melhor esclarecer a afirmação, apresentam em planilha (ANEXO 01), correção dos cálculos da Auditoria.

Reconhecem o atendimento parcial da demanda no que se refere à multa aplicada, e pedem a essa Egrégia Junta de Julgamento a NULIDADE do auto de infração, evidenciado o cerceamento do direito de defesa e se assim não entenderem, que seja julgado IMPROCEDENTE quanto às infrações 1 e 4.

Em nova informação fiscal fls. 1587/90, os autuantes alegam que o contribuinte foi intimado para se manifestar, querendo, no prazo de 10 dias (veja folhas 1569 a 1570), tendo recebido em meio magnético os arquivos que já havia recebido em papel (o que não alterou em nada as alegações da autuada). Que acerca das preliminares de nulidade, o contribuinte não acrescenta fato ou fundamento de direito que não tivesse sido examinado na Informação Fiscal, aqui ratificada.

Quanto à discussão do mérito, proposta pelo contribuinte entre as folhas 1579 e 1581 deste processo, informam que na Infração 01, do exame do Extrato da Arrecadação, 2008, 2009 e 2010, folhas 11 a 14 deste Auto, verifica-se que o contribuinte, na qualidade de substituto tributário, deixou de recolher ICMS devido por Substituição Tributária, nas operações de transporte elencadas. Acostam cópia xerox dos CTRC relacionados no Levantamento, do LRE, onde as referidas operações foram lançadas e do LRAICMS 2008 e 2009. Todos os CTRC anexados na autuação, constantes das folhas 87 a 407 deste Auto, comprovam, de maneira inequívoca, serem de operações sujeitas à Substituição Tributária.

Que na folha 1.580 o contribuinte afirma que não firmou com as transportadoras, contrato de prestação de serviço para prover uma relação formal de sucessividade, e transcrevem parte do Parecer Getri n. 1909/2007 (constante da folha 48 e 49 deste processo) que informa - *“A atribuição desta responsabilidade independe da formalização de contrato, bastando que tais serviços se caracterizem como prestações sucessivas”* e este é o entendimento da SEFAZ / BA.

Quanto à Infração 4, juntam cópias das Declaração de Importações relacionadas no Levantamento das Notas Fiscais de entradas de mercadorias, dos documentos comprobatórios das despesas aduaneiras incorridas, nos termos do art. 58, I, do Dec. 6284 /97 (ver documentos referidos entre as folhas 471 e 580 deste processo), e cópia do extrato da arrecadação 2008, 2009 e 2010 (folhas 11 a 14).

Que na manifestação – folha 1580 e nos Levantamentos das folhas 1583 e 1584, o contribuinte afirma que não recolheu imposto a menor, dando a entender que os valores referentes à capatazia, constantes dos Levantamentos da autuação (veja folhas 469 e 470) estariam inclusos no valor CIF da mercadoria. Não há, insistem, entre todos os documentos comprobatórios da infração, constante das folhas 471 a 580 deste Auto, nenhuma evidência de que a sua afirmação seja verdade. Como a autuada não apresenta um único elemento impeditivo, modificativo ou extintivo da infração autuada, mantém a infração 04 do Auto examinado, em todos os seus termos e valores.

À fl. 1.599, tendo em vista as alegações de cerceamento de defesa, na sessão de pauta suplementar do dia 24/012013, esta 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência à Inspetoria de Origem para que fossem adotadas as seguintes providências:

Intimar o autuado entregando-lhe cópia deste pedido de diligência, reabrindo-se o prazo de defesa de 30 (trinta) dias nos termos do art. 39, VII do RPAF. Em seguida o processo deverá retornar a este Conselho.

Às fls. 1606/1607, o impugnante se manifesta reiterando a preliminar de nulidade, e no mérito contesta as infrações 1 e 4 requerendo realização de diligência, argüindo que o arquivo magnético não possibilitou identificar os elementos que lastreiam a infração e que continua sem receber o livro de inventário.

Reafirma que não firmou contrato de prestação de serviços com relação de sucessividade, e que o encargo do ICMS ficou sob a incumbência do transportador, e que na infração 4 não houve recolhimento a menos do ICMS pelas importações; que apensou documentos que o fisco insiste em desconsiderar e que apresenta cálculos realizados pela ABILITY COMÉRCIO EXTERIOR nos anexos 3(fls. 1630/1711) referentes ao desembaraço aduaneiro e finalmente reitera o pedido de nulidade e de improcedência dos itens 1 e 4.

Às fls. 1.715/19, os autuantes se manifestam, e dizem que embora o contribuinte tenha sido atendido quanto a renovação do prazo de defesa, nada acrescentou como fato ou fundamento jurídico que não houvesse antes alegado e examinado na informação fiscal e que o livro de inventário extraviado não guarda correlação com os itens autuados. Que quanto a infração 1 nos anexos 1 e 2 da manifestação, após diligência, em que ser renovou o prazo de defesa, trouxe documentos de fls. 1.612/1629 sem qualquer conteúdo probatório.

Quanto à infração 4, na sua manifestação de fls. 1.580 e 1.611 e nos levantamentos de fls. 1.583/84 e 1.628/1.710, dá a entender que os valores de capatazia constante do levantamento de fls. 469/70 estariam inclusos no valor CIF da mercadorias, mas não há entre todos os documentos comprobatórios da infração nas fls. 471/580, nenhuma evidência de que sua afirmação seja verdade e que mesmo na 2ª manifestação continua sem fazer provas, e que quando a despesa está incluída no valor CIF, tal situação é expressa e clara na DI que a corresponde.

Fazem diversos comentários acerca dos documentos acostados na 2ª manifestação como a da fl. 1.631, pois embora afirme que a capatazia está incluída no valor da mercadoria, isso não está expresso na DI 09/0020799-4 (fls. 532 a 539).

À fl. 1725, na assentada de julgamento da sessão do dia 17/06/2014, o processo foi convertido em diligência à ASTEC para intimar a prestadora de serviços de importação ABILITY COMERCIO EXTERIOR para que explicasse o fato da despesa "capatazia" constar na nota fiscal de reembolso do adquirente, já que de acordo com a defesa, tal despesa já se encontra embutida no preço de fornecimento, e sendo assim, deveria ser reembolsada pelo fornecedor e não pelo adquirente, e que fossem apresentados recibos comprobatórios ds despesas ressarcidas juntos ao fornecedor assim como de quaisquer outros documentos que configurem a inclusão do preço capatazia no preço de fornecimento das mercadorias.

Nas fls. 1727/41, foi cumprida a diligência solicitada, sendo que a empresa ABILITY COMÉRCIO EXTERIOR à fl. 1.729 diz que estão claramente descritas as despesas e que efetuou o pagamento em nome do seu cliente (a autuada), apresentando comprovações e informa que não tem em seu poder os recibos mas está anexando os documentos que encontrou em 2008 e à fl. 1.732, consta cópia da nota fiscal nº 23151 com a despesa capatazia discriminada e cobrada do impugnante.

Às fls. 1.748 o impugnante se manifesta e insiste nos mesmos argumentos, de que não há erro na base de cálculo e à fl. 1.772/1.775 os autuantes dizem que não há em nenhum dos documentos, qualquer evidência de que a afirmação do impugnante seja verdade, e elaboram um rol de declaração de importação e suas respectivas folhas no processo, onde embora se diga no rodapé da folha, que a capatazia estava incluída no valor da mercadoria e do frete, isto não se verifica nos documentos, e pontuam que na fl. 1.727 a ABILITY afirma que recebe do seu cliente valores para pagar impostos e taxas envolvidas na operação de importação, e que não há dúvida sobre quem pagou a capatazia.

VOTO

Constato inicialmente, que a presente lide se resume aos itens 1 e 4 do lançamento, já que o impugnante reconhece os itens 2,3,5 e 6. Na defesa, pede a nulidade do lançamento, sob argumento de preterição ao direito de defesa e que as infrações foram genéricas e imprecisas.

Neste caso, as infrações 1 e 4, decorrentes do não pagamento do ICMS nas prestações sucessivas de transportes e do pagamento efetuado a menos pelas importações, não vislumbro qualquer

característica quanto à imprecisão da descrição dos fatos, além do que as provas foram devidamente acostadas ao processo e fornecidas ao impugnante.

Não procede também os argumentos de preterição à defesa, haja vista inclusive a renovação do prazo para apresentação da impugnação mediante justificativa de que o prazo de dez dias para manifestação foi curto, já que não tivera acesso aos documentos probatórios apresentados em meio magnético. Foram efetuadas duas diligências, a primeira renovando prazo de defesa e a segunda, para a coleta de provas de que o impugnante não seria o responsável pelo pagamento das despesas de capatazia. Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade e passo ao julgamento das duas infrações em lide.

Quanto à primeira infração, a autuante trouxe todos os CTRE pertinentes, a partir da fl. 87 do PAF, mostrando que houve sequência nos contratos de frete com a Auto Viação Progresso, embora sem apresentar contrato de prestação sucessiva de serviço de transportes.

A jurisprudência deste Conselho tem reiteradamente apontado no sentido de que não é necessária a formalização contratual para entendimento da sucessividade na prestação do serviço de transportes, mas tão somente a habitualidade e frequência na prestação dos serviços, conforme excerto de julgamento abaixo:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0330-12/04

A falta de contrato formal não possui o condão de descaracterizar as prestações sucessivas realizadas. A alteração nº 17, introduzida pelo Decreto nº 7.824/00, apenas aperfeiçoou a redação

do inc. II do art. 382 do RICMS-BA, mostrando que o contrato formal era desnecessário para a caracterização da prestação sucessiva, chegando essa nova redação a ter um caráter interpretativo.

A Diretoria de Tributação também tem compartilhado o mesmo entendimento, conforme ementa de parecer abaixo transcrito:

PARECER Nº 1909/2007.ICMS. O CRITÉRIO QUE EMBASA A DEFINIÇÃO DE "PRESTAÇÕES SUCESSIVAS E/OU REPETIDAS" É AQUELE DA DISPONIBILIZAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE POR PARTE DA EMPRESA TRANSPORTADORA, PARA DETERMINADO CONTRIBUINTE QUE, FORMALMENTE OU NÃO, CONTRATE OS SEUS SERVIÇOS.

Nem mesmo a eventual comprovação do pagamento por parte das prestadoras de serviço, que convém ressaltar, sequer foi alegado ou provado na impugnação deste PAF, tem servido como prova do cumprimento da obrigação tributária devida pelo tomador do serviço, de forma a elidir a infração, visto decisão da 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO CJF Nº 0119-11/14, em processo cuja defesa foi baseada no pagamento do imposto devido pelos prestadores do serviço e não pelo tomador, conforme excerto do supracitado julgamento:

Outra questão é a do pagamento efetuado por terceiros, ou seja, pelas transportadoras. Compulsados os autos, extrai-se que houve divergência quanto à exegese do art. 380, § 1º do RICMS-BA e seus efeitos sobre a relação jurídico-tributária sob análise. Em apertada síntese, infere-se do decisório "a quo" que, muito embora a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS não recaia sobre as transportadoras, prestadoras de serviço ao autuado, foi quem efetuou o recolhimento do ICMS respectivo de cada serviço, conquanto coubesse ao tomador e não ao prestador fazê-lo e que, a despeito disto, foi considerado como tendo sido recolhido o ICMS quanto às prestações iniciadas neste Estado da Bahia.

O Relator no seu voto vencido, por seu turno, considerou que, muito embora tenha havido pagamento do imposto pelas prestadoras de serviço de transporte, e não pelo recorrente, o tomador do serviço, tal fato não tem o condão de legitimar esse pagamento, por força do disposto no art. 380, § 1º do RICMS-BA, que expressamente exclui a responsabilidade atribuída às transportadoras nas prestações de serviço iniciadas dentro desta unidade federativa.

Por essa linha exegética, é dizer que é vedado ao Estado escolher livremente a quem exigir o ICMS nessas prestações de serviço ali discriminadas, por haver expressa determinação de que cabe ao tomador e não ao prestador do serviço, por lhe faltar capacidade passiva para efetuar o recolhimento do ICMS, validamente. E como disse, afirmar o contrário seria ensinar o pleito de repetição do indébito, por elas, prestadoras, que

“ex vi lege”, não lhes cabe recolher o imposto, mas sim quem contrata seus serviços, os tomadores.

Assim, pelas inúmeras provas apresentadas na sequência da fl. 97, fica caracterizada a prestação sucessiva do serviço de transporte, acolho o lançamento efetuado pelos autuantes. Quanto à multa inicial de 150% na infração 1, art. 42, V, a, da Lei 7014 / 96, devida quando o imposto é retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente, realmente não se coaduna, pois sequer houve retenção do imposto, e concordo com a alteração proposta pelo autuante, para para 60%, com base o art. 42, II, “e”, quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição, que foi a situação exposta no auto de infração, e corrijo de ofício a multa para 60%.Infração 1 procedente em parte.

Na infração 4, o impugnante apresenta em sua defesa, documento de empresa da área de prestação de serviços nas importações em que apenas incluiu o serviço de capatazia na base de cálculo, alegando se tratar de operação CIF, sem contudo apresentar qualquer comprovação de que tal encargo esteja incluído no contrato de importação.

O Preço CIF é uma abreviação da expressão em língua inglesa de "cost, insurance and freight" que em português significa custo, seguro e frete, que em operações mercantis se traduz pela inclusão do preço da mercadoria e os custos de seguro e frete pagos pelo fornecedor, que é o responsável pela entrega até o local de destino.

Esta responsabilidade finda quando a mercadoria chega ao porto de destino designado pelo comprador e sendo assim, se alguma outra parcela de custos, como a de capatazia, foi assumida pelo fornecedor, isto deve constar expressamente no contrato efetuado, de modo a que o adquirente fique sem a responsabilidade deste encargo, que foi acrescido ao cálculo efetuado pelos autuantes, e que está legalmente estabelecido, conforme preceitua o art. 58, I, alínea “e” - *quaisquer outros impostos, taxas e contribuições, além de despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração.*

Assim, após a diligência e os documentos acostados pela ABILITY COMÉRCIO EXTERIOR, ficou evidenciado que na nota fiscal de prestação de serviços, em que a empresa despachante é reembolsada dos valores pagos na aduana, onde consta inclusive o ICMS, a despesa de capatazia foi cobrada do impugnante, não logrando trazer qualquer comprovação de que o remetente suportou tal encargo

Evidente que o preço CIF embora genericamente designe que a entrega da mercadoria inclui os encargos de custo, frete, seguro, mas é certo que não podemos tomar tal designação como compreendendo a totalidade dos custos, exceto, até o momento que antecede o desembarque, pois despesas como a de capatazia não possíveis de se pré-determinar pelo fornecedor, que assim, não pode incluir tais despesas no preço de venda, já que certas despesas portuárias no Brasil, são às vezes, até inexistentes no exterior.

Durante a sessão de julgamento foi perguntado aos representantes da empresa, se estes teriam algum documento ainda não apresentado, que comprovasse que a empresa fornecedora reembolsou a empresa das despesas de capatazia, que poderia se suspender o julgamento de forma a se dar tempo para que fossem apresentados os documentos, mas foi confirmado que não dispunham de quaisquer documentos de reembolso, apenas insistiam na tese de que o preço CIF comporta todas as despesas por conta do fornecedor.

Não pode o impugnante se eximir do custo da capatazia na base de cálculo do ICMS, só porque na DI consta que a operação é CIF. A capatazia é um custo atípico, sem condição de ser previsto com exatidão antes do desembarque e desembaraço na aduana. Necessário pois, que todos os custos, inclusive o de capatazia, tenham sido efetivamente assumidos pelo remetente e isto não se comprova pelos documentos apresentados. Infração 4 procedente.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **207090.0001/13-7**, lavrado contra **IPLASA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS SALVADOR LTDA** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.367,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no incisos II, "a", "e" e VII, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2015

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR