

A. I. Nº - 299166.0078/07-6
AUTUADO - RODOVIÁRIA CINCO ESTRELAS LTDA.
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 25.07.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0210-02/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO TRIBUTO. Infração não caracterizada, haja vista que, pelos elementos constantes nos autos, as mercadorias se encontravam acobertadas por Nota Fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/3/07, diz respeito ao lançamento de ICMS relativo ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal. ICMS lançado: R\$459,00. Multa: 100%.

O remetente dos bens objeto da ação fiscal impugnou o lançamento explicando que as mercadorias eram destinadas à Dismel Comércio e Serviços Ltda., em Lauro de Freitas, neste Estado, e estavam acobertadas pelas Notas Fiscais 336441, 336442 e 336443, sendo que as autoridades fiscais procederam à apreensão das mercadorias dando como motivo a ausência de documentação fiscal. Considera que a documentação foi desclassificada por ter a fiscalização entendido que as mercadorias não corresponderiam às que estavam descritas nas Notas Fiscais, em especial na Nota Fiscal 336441. Observa que, de acordo com a fiscalização, as mercadorias seriam 24 lâmpadas de 40W, 12 reatores para duas lâmpadas de 40W, 96 lâmpadas de 20W e 48 reatores para duas lâmpadas de 20W. Alega que as mercadorias descritas no Termo de Apreensão constituem a decomposição, em seus componentes formadores, de luminárias produzidas pela empresa, que são compostas da estrutura da luminária, duas lâmpadas, um reator, a fiação e o starter. Aduz que as mercadorias supostamente desacompanhadas de documentação fiscal correspondem, exatamente, aos componentes integrantes das mercadorias identificadas na Nota Fiscal 336441, a saber: a) 12 LM multi-uso BL 27 Taschibra 2x20W elet bivolt alum PR; b) 36 LM multi-uso BL 27 Taschibra 2x20W elet bivolt alum BR; e c) 12 LM multi-uso BL 27 Taschibra 2x40W elet bivolt alum PR. Considera inconcebível que o fisco decomponha um produto acabado em seus componentes formadores, com classificação fiscal própria, para pretender tributar individualmente os componentes do todo unitário.

A defesa suscita a nulidade do procedimento, por vício formal, alegando que o Termo de Apreensão teria sido emitido por pessoa incompetente, dizendo que quem emitiu o aludido termo foi um “assistente operacional”. Toma por fundamento a regra do art. 941 do RICMS, segundo o qual a competência para lavrar Termo de Apreensão é dos auditores fiscais e dos agentes de tributos estaduais, combinado com o art. 18, I, do RPAF, que tem por nulo o ato praticado por autoridade, órgão ou servidor incompetente. Argumenta que, sendo nulo o Termo de Apreensão, é nulo, também, o Auto de Infração lavrado com base nas informações daquele termo.

Repassa os argumentos expendidos acerca da natureza das mercadorias apreendidas, afirmando que os bens em questão são as luminárias, e não as peças que as compõem. Diz que caso semelhante foi objeto de decisões no Conselho de Contribuinte do Estado de Minas Gerais, conforme acórdãos que transcreve. Comenta a ausência de dano ao erário. Assinala a inconstitucionalidade da vinculação da liberação da mercadoria [apreendida] ao pagamento de

tributo. Fala da impossibilidade jurídica da coerção ao pagamento do tributo. Reproduz as Súmulas 70, 323 e 547 do STF.

Pede que se decrete o cancelamento do Termo de Apreensão e do Auto de Infração, anulando-se o crédito tributário em discussão. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que o Termo de Apreensão foi lavrado pela agente de tributos estaduais Ângela Mutti, auxiliada por Humberto Poggio. Observa que o referido termo foi assinado pelo detentor das mercadorias apreendidas, Jessé dos S. Lima, que exerce a função de assistente operacional da empresa transportadora.

Quanto ao mérito, diz que, de acordo com a Nota Fiscal 336441, todos os itens de mercadorias são classificados no código 9405.10.93 da NCM, que corresponde a “lustres e apars. ilumin. eletr. de met. comum, p/teto/parede” [sic]. A seu ver, se acatada a tese da defesa, todos os produtos foram classificados como lustres, independentemente de terem ou não lâmpadas e reatores montados nas luminárias, não ficando explicado o fato do não uso de um critério único para fazer corresponder à classificação com os produtos. Chama a atenção para o “logotipo da empresa”, notando que na Nota Fiscal consta a menção a “Luminárias Lâmpadas Reatores”, evidenciando que se trata de produtos distintos, e assim é que deveriam ser discriminados nas Notas Fiscais. Comenta que algumas empresas, principalmente das que são localizadas em Estados signatários do Protocolo ICM 17/85, não discriminam nas Notas Fiscais mercadorias como lâmpadas e reatores que seguem juntas com lustres, fato que tem dado ensejo a ações fiscais para coibir tal prática, por constituir sonegação do imposto devido por substituição tributária, causando embaraço à fiscalização, pois o fato só pode ser detectado com a abertura dos volumes para conferência das luminárias que vêm com lâmpadas e reatores montados e por vezes até separados das luminárias, mas sem discriminação dos produtos nas Notas Fiscais, com o intuito de fraudar a tributação. Considera que, a prosperarem os argumentos da defesa, haverá perda de arrecadação, por conta da falta de retenção do imposto na forma preconizada no referido protocolo.

Opina pela procedência da autuação.

Dada ciência do teor da informação ao sujeito passivo, este se manifestou reiterando que as luminárias são compostas de lâmpadas e reatores, e não transitavam sem documentação fiscal, pois a Nota Fiscal 336441 indicava tratar-se de luminárias. Argumenta que o que foi comercializado pela empresa foram as luminárias, e não as peças que as compõem. Compara a situação em exame com o caso dos veículos e autopeças, dizendo que na Nota Fiscal da venda de um veículo é descrito um automóvel, o qual é composto de lataria, pneus, carburador, pistões, bancos, tanque de gasolina, etc. Aduz que, ao comercializar uma mercadoria composta por vários elementos, a descrição da mercadoria na Nota Fiscal diz respeito ao bem em si. Quanto à expressão “Luminárias Lâmpadas Reatores”, impressa no cabeçalho das Notas Fiscais, diz que a empresa também comercializa aqueles produtos separadamente, discriminando-os nas Notas Fiscais. Quanto às considerações do fiscal autuante acerca do Protocolo ICM 17/85, diz que não há infração quanto à substituição tributária, pois o Estado de Santa Catarina não faz parte do aludido protocolo. Renova os pedidos formulados na defesa.

VOTO

O lançamento em análise diz respeito a ICMS relativo ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

Na defesa, o remetente dos bens objeto da ação fiscal alega, como preliminar, que o procedimento seria nulo, por incompetência do agente que lavrou o Termo de Apreensão, pois teria sido lavrado por um “assistente operacional”, e não por auditor ou agente de tributos.

Ocorre que, conforme foi explicado pelo autuante, o Termo de Apreensão foi lavrado por uma agente de tributos estaduais, Ângela Mutti, cadastro nº 018938-0. Quanto ao assistente operacional

a que alude a defesa, trata-se do detentor das mercadorias apreendidas, Jessé dos S. Lima, que é funcionário da empresa transportadora.

A defesa questiona o procedimento, falando da impossibilidade jurídica da apreensão de mercadorias como forma de coerção ao pagamento do tributo. Reproduz as Súmulas 70, 323 e 547 do STF.

Apreender não é “prender” as mercadorias. De acordo com o art. 945 do RICMS/BA, a apreensão de mercadorias constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição da prova material do fato. A mercadoria apreendida não fica “presa”. Não há coerção, no sentido de obrigar o contribuinte a pagar o imposto com base na apreensão dos bens, pois o contribuinte pode requerer a sua liberação, nos termos dos arts. 946 e 947. Não há ilegalidade, por conseguinte, no fato de ser lavrado o Termo de Apreensão, que, nos termos do citado art. 945, se destina apenas a documentar o fato, e não a deter ou impedir a circulação dos bens.

Já que estou falando de apreensão, noto que o fiscal agiu mal ao juntar aos autos os documentos originais, ou seja, as 1^{as}. vias das Notas Fiscais – Notas Fiscais 336441, 336442 e 336443 da Brasilux, deixando de atentar para a regra do § 3º do art. 947 do RICMS, segundo o qual a apreensão de documentos fiscais só pode perdurar até a conclusão da ação fiscal, devendo o fisco adotar as providências cabíveis no sentido de evitar que, em virtude da apreensão, advenha atraso da escrituração ou cerceamento de defesa. No caso presente, a apreensão irregular das Notas Fiscais implicou a impossibilidade do destinatário de utilizar o crédito fiscal. É evidente que o interessado – o autuado, o remetente ou o destinatário – poderá solicitar, a qualquer tempo, os originais dos documentos indevidamente retidos pela fiscalização. No ato da entrega, a repartição fiscal substituirá as peças originais por cópias reprográficas autenticadas pela própria repartição. Este fato, contudo, não implica nulidade do procedimento, pois não houve cerceamento de defesa, já que o emitente, que apresentou a defesa, dispunha de uma das vias das Notas e teve condições plenas de defender-se.

Dou por superados os pontos suscitados, de natureza preliminar.

Quanto ao mérito, assinalo, de antemão, que, na verdade, as mercadorias não estavam sem documentação fiscal, haja vista que o próprio fiscal anexou as Notas Fiscais aos autos (juntou inclusive duas Notas que nada têm a ver com o fato). O que houve foi que, no entendimento da fiscalização, as mercadorias descritas na Nota Fiscal 336441 da Brasilux não corresponderiam às que se encontravam em poder da transportadora.

A defesa alega que as mercadorias vendidas eram luminárias, descritas na Nota Fiscal 336441 assim: *a)* 12 LM multi-uso BL 27 Taschibra 2x20W elet bivolt alum PR; *b)* 36 LM multi-uso BL 27 Taschibra 2x20W elet bivolt alum BR; e *c)* 12 LM multi-uso BL 27 Taschibra 2x40W elet bivolt alum PR. Diz que a fiscalização apreendeu os componentes das luminárias, especificando no Termo de Apreensão 24 lâmpadas de 40W, 12 reatores para duas lâmpadas de 40W, 96 lâmpadas de 20W e 48 reatores para duas lâmpadas de 20W. Reclama que o fisco fez a decomposição de produtos acabados, apreendendo os componentes formadores das luminárias, que são compostas da estrutura da luminária, duas lâmpadas, um reator, a fiação e o starter.

Ao prestar a informação, o fiscal autuante observou que, de acordo com a Nota Fiscal 336441, todos os itens de mercadorias são classificados no código 9405.10.93 da NCM. Põe em dúvida a tese da defesa. Dentre uma série de ponderações, comenta que algumas empresas, principalmente das que são localizadas em Estados signatários do Protocolo ICM 17/85, não discriminam nas Notas Fiscais mercadorias como lâmpadas e reatores que seguem juntas com lustres, fato que tem dado ensejo a ações fiscais para coibir tal prática, por constituir sonegação do imposto devido por substituição tributária. Fala da dificuldade que a fiscalização enfrenta nesses casos, por ter de fazer

a “abertura dos volumes e conferência das luminárias que vêm com lâmpadas e reatores montados e por vezes até separados das luminárias”, mas sem a “separação” nas Notas Fiscais.

Noto que as mercadorias apreendidas correspondem, numericamente, aos componentes das luminárias. A defesa diz que a fiscalização fez a decomposição das luminárias. O fiscal não rebateu isto, limitando-se a comentar, em tese, que “algumas empresas” não discriminam as mercadorias, a fim de evitar a incidência da substituição tributária sobre os componentes das luminárias (lâmpadas e reatores). Ainda segundo o fiscal, isso constitui embaraço à fiscalização, que tem de fazer a “abertura dos volumes e conferência das luminárias que vêm com lâmpadas e reatores montados e por vezes até separados das luminárias”, mas sem a “separação” nas Notas Fiscais.

Não me interessam comentários em tese quanto ao que “algumas empresas” façam ou deixem de fazer. O que me interessa, para decidir neste caso, é saber se, na situação concreta, materializada nestes autos, as referidas luminárias estavam “montadas”, formando produtos acabados, ou se os reatores e lâmpadas se encontravam “avulsos”. A defesa enfatizou ser inconcebível que o fisco decomponha um produto acabado em seus componentes formadores, com classificação fiscal própria, para pretender tributar individualmente os componentes do todo unitário. Compara a venda de luminárias às vendas de veículos, ponderando que, quanto a estes, nas Notas Fiscais é feita a descrição do automóvel, que é composto de lataria, pneus, carburador, pistões, bancos, tanque de gasolina, etc. Aduz que, ao comercializar uma mercadoria composta por vários elementos, a descrição da mercadoria na Nota Fiscal diz respeito ao bem em si. Quanto às considerações do fiscal autuante acerca do Protocolo ICM 17/85, diz que não há infração quanto à substituição tributária, pois o Estado de Santa Catarina não faz parte do aludido protocolo.

Quanto à reclamação da defesa de que o fisco fez a decomposição de produto acabado em seus componentes formadores, para tributar individualmente os componentes formadores do todo unitário, parece-me que o fiscal, tacitamente, admitiu o fato, ao falar de situações em que a fiscalização tem de fazer a “abertura dos volumes e conferência das luminárias que vêm com lâmpadas e reatores montados e por vezes até separados das luminárias”, mas sem a “separação” nas Notas Fiscais. Interpretando as palavras do autuante, noto que, segundo ele, as luminárias “vêm com lâmpadas e reatores montados”, e, “por vezes”, as lâmpadas e reatores vêm separados.

Ainda segundo o fiscal, todos os itens de mercadorias em questão, de acordo com a Nota Fiscal 336441, são classificados no código 9405.10.93 da NCM.

O código 9405.10 da NCM compreende lustres e outros aparelhos de iluminação elétricos, próprios para serem suspensos ou fixados no teto ou na parede, exceto os dos tipos utilizados na iluminação pública. O subitem 93 (9405.10.93) particulariza os lustres e aparelhos feitos de metais comuns. Considero que aí se encaixam as luminárias em questão, que são aparelhos de iluminação elétricos, próprios para serem suspensos ou fixados no teto ou na parede, e não consta que sejam utilizados na iluminação pública, também não tendo sido contestado que fossem feitos de metais comuns.

Baseio-me na Tabela de Incidência do IPI (TIPI), aprovada pelo Decreto nº 6.006/06, a qual tem por base a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), constante do Decreto nº 2.376/97. A NCM constitui a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias baseada no Sistema Harmonizado (NBM/SH).

Por conseguinte, não considero caracterizada a infração. Ao contrário, pelos elementos constantes nos autos, está patente que as mercadorias se encontravam acobertadas pela Nota Fiscal 336441 da Brasilux.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0078/07-6**, lavrado contra **RODOVIÁRIA CINCO ESTRELAS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2007

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR