

A. I. N° - 089598.0805/08-0
AUTUADO - PAULO KENJI SHIMOHIRA
AUTUANTE - ROBERTO BASTOS OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT SUL
INTERNET - 11. 05. 2009

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0065-05/09

EMENTA: ICMS: MERCADORIAS EM TRÂNSITO ACOBERTADA COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA. O art. 209, III do RICMS-BA, considera inidôneo documento fiscal utilizado após vencido o prazo de validade nele indicado. Nota Fiscal utilizada para acobertar operação de exportação não confirmada. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/08/2008, reclama ICMS no valor total de R\$10.750,29, com aplicação da multa de 100%, em face de utilização de documento fiscal com data de validade vencida. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte utilizou a nota fiscal de saída n° 001124 com a data de validade vencida em 06/08/2008. Acompanha o lançamento o Termo de Apreensão e Ocorrências de fl. 04.

O autuado apresenta defesa às fls. 19/28 discorrendo que emitiu a nota fiscal para acobertar venda direta de exportação CFOP 7101, tendo o Posto Fiscal Bahia/Goiás retido a mercadoria com o objetivo de cobrar o imposto caracterizando a operação como venda interna com preço de pauta, superior à da operação.

Preliminarmente, afirma que a ação fiscal não está motivada e não tem embasamento legal. Transcreve dispositivos legais sobre o ICMS (arts. 1º, 2º e 219 do RICMS-BA, art. 42, II da Lei 7.014/96, art. 3º da Lei 87/2006 (?)) e diz que a operação autuada é exportação indireta com direito à não incidência. Também escreve que a ação fiscal se deu sem verificar a conclusão da operação sob o amparo da Lei 87/96 e viola os arts. 155, §2º, incisos X e XII “e” da Constituição Federal, 142 do CTN, lançando imposto sem determinação do fato gerador e da base de cálculo em desobediência aos princípios constitucionais do não confisco, da tipicidade cerrada, capacidade contributiva, isonomia e propriedade, com o que entende, por isso, ser nulo. Acresce que o lançamento exige ICMS sem ocorrência de fato gerador por ser de mercadoria destinada à exportação.

Quanto ao mérito, o autuado diz que o Auto de Infração não analisou os fatos que levaram ao atraso do embarque e que se concluiu a operação de exportação. Diz que o fisco apenas cita supostas infrações sem fundamentação legal demonstrando interesse em autuar de forma arbitrária.

Diz que o fisco declara a não exportação por mera desconsideração do requerimento diante ao atraso dos embarques por motivos de força maior, exportação esta que diz comprovar através de documentos anexos.

Concluindo, requer que o Auto de Infração seja julgado Nulo.

Às fls. 36 e 37, o Auditor Fiscal encarregado da Informação Fiscal, resume as razões da defesa e argumenta que o artigo 199, inciso I e 213, do RICMS-BA., impõe limite para a utilização de documento fiscal sob pena de este ser considerado inidôneo nos termos do artigo 209, inciso III, do RICMS-BA., embora o parágrafo único deste artigo limite sua utilização neste sentido apenas para quando a irregularidade for de tal ordem que o torne imprestável para os fins a que se destina. Opina que o fato operação de exportação imune com documento fiscal inidôneo ser irregularidade punível

com cobrança de imposto é questão a ser apreciada no julgamento do auto, mas que nesse caso deve ser considerado que, ao contrário do que afirma a defesa, não há provas da exportação das mercadorias, pois o impugnante apenas promete juntar documentos comprovando a operação, sem fazê-lo; além de argumentar que a exportação é indireta quando pela nota fiscal verifica ser direta e que a presunção de internalização de mercadorias tem fundamento no fato do documento fiscal utilizado ser inidôneo.

VOTO

O Auto de Infração reclama ICMS com aplicação da multa de 100%, em face de utilização de documento fiscal com data de validade vencida, constando na descrição dos fatos que o contribuinte utilizou a nota fiscal de saída nº 001124 com a data de validade vencida em 06/08/2008.

O autuado se defendeu dizendo que emitiu a nota fiscal para acobertar venda direta de exportação CFOP 7101, tendo o Posto Fiscal Bahia/Goiás retido a mercadoria com o objetivo de cobrar o imposto caracterizando a operação como venda interna com preço de pauta, superior à da operação.

Preliminarmente, afirma que a ação fiscal não está motivada e não tem embasamento legal;

Antes do mérito, devo apreciar a questão preliminar de nulidade por afronta a dispositivos legais, em especial, ao artigo 142 e parágrafo único do CTN.

O autuado afirma que a ação fiscal desenvolveu-se sem motivo, sem embasamento legal, sem determinação do fato gerador e da base de cálculo, havendo no processo quebra do contraditório e cerceamento de defesa.

Permito-me então, sem mais delongas, ir ao lançamento para elucidar essa questão. Analisando-o, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, tendo a infração sido descrita de forma clara, estando ela fundamentada nos demonstrativos e documentos fiscais que embasaram a acusação fiscal, determinando, com segurança, a infração e o infrator. Ademais, o autuado, exercendo o seu direito à ampla defesa e o contraditório, apresentou impugnação demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. Ressalto não ter vislumbrado nos autos a ocorrência de cerceamento ao direito de defesa por descumprimento do devido processo legal, nem visto no procedimento fiscal qualquer possibilidade de subsunção a qualquer das hipóteses do art. 18 do RPAF, o que afasta a argüição de nulidade suscitada pelo autuado.

Quanto ao mérito, da análise das peças processuais, verifico que se trata do transporte de 29.311 Kg de algodão em pluma, acobertados pela nota fiscal de nº 001124, emitida pelo autuado em 12/08/2008, cujo limite para utilização foi encerrado em 06/08/2008. Esta nota fiscal que se encontra nas fls. 11 a 13 dos autos, tem como destinatário a empresa Queensland Cotton, situada na Austrália e no seu corpo há descrição que a mercadoria destina-se a exportação por via marítima.

Neste caso há duas questões a serem analisadas. Primeira, a da utilização de documento fiscal com limite para emissão vencido e segundo, quanto à efetiva exportação das mercadorias.

Quanto à primeira questão não há dúvida sobre sua ocorrência, inclusive admitida pelo autuado, que a justifica como mero erro de talonário. Neste aspecto, a legislação pertinente permite o procedimento fiscal aplicado pelo autuante por estar amparado no disposto no artigo 209, III do RICMS-BA, o qual transcrevo:

“Art. 209. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:

I - omitir indicações, inclusive as necessárias à perfeita indicação da operação ou prestação;

II - não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de "Nota de Conferência", "Orçamento", "Pedido" e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documentos fiscais;

III - não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, inclusive no caso de utilização após vencido o

prazo de validade nele indicado;”

A segunda questão merece mais aprofundada análise. De fato, em operação de exportação de mercadorias seja direta ou indireta, por disposição constitucional (Art. 155, §2º, a, CF/88) não há incidência de ICMS. Entretanto, embora o documento fiscal objeto deste auto refira-se a uma suposta operação de exportação, a qual, na Defesa, o próprio autuado confunde-se por uma vez dizer “direta” e em outra vez afirmar “indireta”, não há nos autos provas de que a exportação afirmada se tenha concretizado. Ao contrário, ao afirmar anexar à sua peça de defesa documentos comprobatórios da efetiva exportação das mercadorias constantes da nota fiscal tida como inidônea, tendo posse e não trazendo tais elementos comprobatórios de seus argumentos, o autuado incorre na disposição prevista nos arts. 142 e 143 do RPAF que aqui transcrevo:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Assim, entendo que o uso do documento fiscal após o limite autorizado para emissão aliada à não comprovação da exportação das mercadorias constantes da nota fiscal em apreço, definitivamente reforça a ocorrência com a agregação da hipótese de inidoneidade prevista no inciso IV do artigo 209, que é a contenção de declaração inexata da operação.

Ora, no caso presente, não tendo sido confirmada a operação de exportação indicada no documento fiscal, o caso incorre na previsão do art. 591, inciso III, do RICMS-BA., abaixo:

Art. 591. O estabelecimento remetente, além das penas cabíveis em caso de ação fiscal, ficará obrigado ao recolhimento do imposto dispensado sob condição resolutória de exportação, atualizado monetariamente, com os acréscimos moratórios cabíveis, a contar das saídas previstas no art. 582, no caso de não se efetivar a exportação (Conv. ICMS 113/96):

...
III - em virtude de reintrodução da mercadoria no mercado interno, ressalvado o disposto no § 3º:

Portanto, sendo uma atividade obrigatória e vinculada à lei, o objetivo precípua da fiscalização estadual é conhecer se, efetivamente, o imposto foi recolhido e, não tendo sido,, compulsoriamente exigir o imposto devido, que é o caso deste Auto de Infração.

Ante o 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 **089598.0805/08-0**, lavrado contra **PAULO KENJI SHIMOHIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto o valor de **R\$10.750,29**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, IV-A, “a”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA