

A. I. N° - 210663.0003/10-2
AUTUADO - TRANSUCATA COMÉRCIO E SERVIÇOS DE METAIS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ FERNANDO ALMEIDA CARDOSO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 18/03/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0015-03/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE AS QUANTIDADES DE MERCADORIAS TRANSPORTADAS E AS INDICADAS NO DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou comprovado que o imposto foi exigido com base em pauta fiscal que entrou em vigor após o início da ação fiscal e lavratura do Auto de Infração, e, de acordo com o art. 105 do CTN a legislação tributária aplica-se aos fatos geradores futuros e aos pendentes. Infração não caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal e perícia. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/04/2010, refere-se à exigência de R\$9.453,60 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em razão da divergência entre o documento fiscal e as mercadorias nele discriminadas, constatada durante a contagem física. De acordo com a descrição dos fatos, foi constatado que a mercadoria difere da constante na Nota Fiscal nº 29081, de 19/03/2010, emitida pela empresa proprietária da carga, a Transucata. Trata-se de tubos de aço cuja pauta fiscal neste Estado é R\$3,00.

O autuado apresentou impugnação às fls. 20 a 38 dos autos, destacando, inicialmente, o bom relacionamento mantido entre o Fisco, representado pelo autuante e o autuado. Diz que a intenção, única e exclusiva, do sujeito passivo, é demonstrar equívocos procedimentais existentes no trabalho fiscal levado a efeito pelo autuante. Em seguida, o defendente discorre sobre alguns princípios que considera importantes para o processo administrativo fiscal - PAF. Comenta sobre os princípios da legalidade objetiva, da verdade material, da inquisitoriedade, da tipicidade cerrada. Entende que, na busca da verdade material, se deve ter como regra basilar o aspecto de que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco. O defendente apresenta preliminar de nulidade, com base no art. 18 do RPAF/99 aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, salientando que é condição *sine qua non* para que um Auto de Infração seja objeto, de revisão fiscal, que incorreções ou omissões existentes nele sejam eventuais, e que a não-observância de certas exigências digam respeito àquelas de natureza meramente formais. Portanto, não sendo apenas eventuais as omissões ou incorreções, e não sendo as exigências não observadas de caráter meramente formal, não cabe qualquer tipo de revisão fiscal. É caso de nulidade do Auto de Infração. O defendente alega falta de descrição clara e precisa da acusação fiscal. Cita o art. 39 do RPAF/BA, assegurando que, à vista da redação constante na acusação fiscal, verifica-se que o autuante afirma ter apurado “divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas constatada durante a contagem física”, fato que teria lhe dado motivação para a exigência tributária em discussão. Afirma que “divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas constatada durante a contagem física”, ainda que fosse verdadeiro, não seria fato gerador do ICMS. Não há, na legislação tributária estadual, qualquer dispositivo legal que indique a “divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas constatada durante a contagem física”, como fato gerador do ICMS. Diz que tal fato não é verdadeiro. No corpo da nota fiscal existe a descrição dos produtos com a expressão “sucata de tubo”, expressão esta, largamente utilizada pelos comerciantes do ramo de sucatas. O autuante

alega que a sucata encontrada na veiculo é de tubo de aço. O que é uma inverdade. A mercadoria apreendida pelo fisco e constante da nota fiscal é de tubo de ferro. Diz que o representante do Fisco entendeu que a sua redação, no Auto de Infração, era suficiente para possibilitar uma descrição clara e precisa do fato gerador, mas a situação descrita, pela autoridade fazendária não caracteriza fato gerador deste imposto; a infração não está caracterizada e não existe nos autos qualquer elemento que possa determiná-la com segurança. Cita decisões do CONSEF nos casos em que a acusação não retrata com clareza o seu verdadeiro teor

No mérito, o defensor pede que os julgadores se atentem para a existência da disposição contida no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, a qual determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade. Afirma que a mercadoria que foi apreendida conforme Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210663.0001/10-0, lavrado em 20/03/2010, trata-se de sucatas de tubos de ferro e não como declara o preposto fiscal tratar-se de tubos de aço. Diz que as mercadorias com o nome genérico de “Sucatas” estão sujeitas ao pagamento do ICMS com a sua Base de Cálculo fixada mediante Pauta Fiscal conforme prevê o art. 73, IV do RICMS. A mercadoria sucata de tubo de ferro teve a sua pauta fixada através da Portaria nº 20/2007, publicada no Diário Oficial de 11 de maio de 2007, adiante transcrita: Produtos – Sucatas; 11.19 - Tubo de Ferro - Kg 0,50; 11.36 - Tubo Inservível - Kg 0,50. Assegura que a portaria nº 20/2007, é a que estava em vigor na data da apreensão da mercadoria, portanto o valor declarado na nota fiscal nº 29081 está de acordo com a referida portaria e o ICMS foi calculado e recolhido com a base de cálculo determinada pela citada Portaria. Informa que a mercadoria apreendida é uma liga metálica e que, de acordo com laudo técnico apurado por equipamento especializado e utilizado pelas grandes siderúrgicas para fazer análise da composição do produto, constata-se que a composição do tubo é de 96,85% do componente químico Ferro, 1,17% do componente químico Manganês, 1,05 % do componente químico Cromo e 0,21% do componente químico Molibdênio, conforme material que anexou aos autos. Diz que, ainda que a mercadoria fosse Tubo de Aço, a mesma não estaria sujeita ao regime de pagamento do ICMS com a adoção de Base de Cálculo fixada em Pauta Fiscal porque até a data da lavratura do Termo de Apreensão (20/03/2010) e da lavratura do Auto de Infração (05/04/2010) não havia nenhuma Instrução Normativa anterior que fixasse Pauta Fiscal para o produto Sucata de “TUBO DE AÇO”. Somente a partir da publicação da Portaria 17/2010 no Diário Oficial de 22/04/2010 com vigência a partir de 26/04/2010 é que foi discriminado o produto Tubo de Aço como sujeito a Pauta Fiscal no valor de R\$3,00 o quilo. Informa que anexou à defesa, cópias das notas fiscais de nº 81092, 81093 e 81094 emitidas por Gerdau Aços Longos S.A. que se referem as aquisições das respectivas sucatas de ferro que deram origem a saída posterior pelo autuado. Diz que o autuante poderá verificar que no texto do corpo das notas fiscais o fornecedor usa a expressão “sucata de ferro”. Anexa, também à defesa, um pedaço de tubo de ferro, devidamente cortado de parte da mercadoria apreendida, a título de amostragem e solicita a esta JJF, conforme prevê o artigo 145 parágrafo Único do RPAF, que seja efetuada diligência fiscal a ser realizada de preferência por Auditor Fiscal estranho ao feito com formação em Engenharia Química, para que seja analisada, verificada a composição química da liga metálica através de exame efetuado por instrumento que é largamente utilizado pelas siderúrgicas e que deram origem ao laudo anexado à defesa, quando será comprovado que a mercadoria apreendida é tubo de ferro. Quanto à cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal, cita Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Pede que esta JJF julgue o Auto de Infração nulo, por entender que a ação fiscal não foi realizada com a devida atenção, fugindo totalmente às regras do direito material, fato que faz com que a mesma não sirva ao fim pretendido pela autoridade fiscal. Diz que se pode afirmar, também, que a autuação deve ser julgada improcedente, posto que foi fruto de procedimento equivocado.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 55 a 59 dos autos. Rebate as alegações defensivas argumentando que a prova material apresentada pela defesa (amostra metálica), não coincide com o material encontrado durante a vistoria do veiculo, e posterior apreensão. Pede que esta JJF

submeta o material em questão a uma perícia técnica, para dirimir eventuais dúvidas quanto à composição do mesmo, e sua classificação como tubo de ferro fundido ou tubo de aço. Apresenta uma pesquisa, e informa que esse material técnico esclarece as diferenças entre ferro fundido e aço. Diz que levou em consideração a sua formação em Engenharia Mecânica pela UFBA, o seu tempo de serviço na área, e seu tempo de experiência como docente nesta atividade técnica. Informa que na impugnação, o contribuinte cita a composição da liga, mas não faz nenhuma referência ao teor de carbono, primordial para definir se ferro fundido ou aço. Assegura que teve o cuidado de verificar que o adquirente dos tubos, vendidos pela Gerdau aços longos, (em seu ramo de atividades, consta como produção de laminados de aço, exceto tubos). Também informa que, quando da apreensão da citada mercadoria, levou em consideração a falta de conhecimentos técnicos do contribuinte, em especificar a designação técnica da mercadoria, como também a preocupação em estabelecer base de cálculo entre as pautas de ferro fundido (R\$0,50/kG), e aço (R\$3,00/KG) para estabelecer o valor real da base de cálculo, sem perdas no valor do tributo. Pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Quanto às preliminares de nulidade argüidas pela defesa do 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 alegadas pela defesa não implicam nulidade haja vista que, pela descrição dos fatos e enquadramento legal, ficaram evidentes as infrações apuradas.

O defensor alega falta de descrição clara e precisa da acusação fiscal. Assegura que, à vista da redação constante na acusação fiscal, verifica-se que o autuante afirma ter apurado “divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas constatada durante a contagem física”, fato que teria lhe dado motivação para a exigência tributária em discussão. Afirma que “divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas constatada durante a contagem física”, ainda que fosse verdadeiro, não seria fato gerador do ICMS.

Quando o autuante se referiu à divergência entre o documento fiscal e a contagem física e exigiu o imposto é porque o documento que acompanhava a mercadoria foi considerado inidôneo para aquela operação. Estando as mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, foi indicado no enquadramento legal constante do Auto de Infração, o art. 209 incisos IV e VI do RICMS/97.

O autuado entendeu a acusação fiscal e os cálculos efetuados, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, questionando a pauta fiscal utilizada, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo defensor, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação do defensor e do autuante de que há necessidade de diligência ou perícia, observo que o convencimento dos julgadores será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas, e a deliberação para a realização de diligência ou perícia acontece quando essas providências resultarem esclarecimentos e possam dirimir as dúvidas levantadas pelas partes.

O autuante inicia a informação fiscal dizendo que a prova material apresentada pela defesa (amostra metálica), não coincide com o material encontrado durante a vistoria do veículo, e posterior apreensão. Neste caso, a realização de diligência ou perícia não vai resolver as divergências, haja vista que o material acostado aos autos pelo defensor foi coletado após a ação fiscal, ou seja, não foi extraído da própria mercadoria apreendida. Assim, quanto à alegação de que há necessidade da realização de diligência fiscal ou perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I e II do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, porque a Nota Fiscal nº 29081, de 19/03/2010, que acompanhava a mercadoria, ter sido considerada inidônea, em razão da divergência entre o mencionado documento fiscal e as mercadorias nele discriminadas, constatada durante a contagem física. De acordo com a descrição dos fatos, a mercadoria que estava sendo transportada (tubos de aço) difere da constante na Nota Fiscal (tubos de ferro). Foi exigido o imposto com base na pauta fiscal neste Estado, de R\$3,00/kg.

De acordo com o § 2º, inciso I, alínea “c”, do art. 73 do RICMS/97, nas operações com sucatas o ICMS será sempre lançado aplicando a pauta fiscal. No caso de tubos de aço o valor da pauta fiscal é de R\$3,00/kg. Em relação ao tubo de ferro, a pauta é de R\$0,50/kg. Tudo conforme estabelece a Instrução Normativa ICMS nº 04/2009.

Vale salientar, que o item “Tubo de Aço” foi acrescentado à Instrução Normativa 04/2009 pela Instrução Normativa 17/2010, de 20/04/2010, com efeitos a partir de 26/04/2010. O Termo de Apreensão das mercadorias foi lavrado em 20/03/2010 e o Auto de Infração em 05/04/2010.

Conforme estabelece o art. 105 do Código Tributário Nacional, a legislação tributária aplica-se aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa. O inciso II, alínea “c”, do art. 106, deste mesmo Código prevê que se aplica a lei a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

No caso em exame, a pauta fiscal referente ao “Tubo de Aço” não estava em vigor na data da autuação fiscal. Portanto, deve ser acatada a alegação defensiva de que a referida mercadoria não era sujeita ao regime de pagamento do ICMS com adoção de Base de Cálculo fixada em pauta fiscal.

Como não ficou provado nos autos que o preço declarado pelo contribuinte era inferior ao de mercado e a pauta fiscal ainda não estava em vigor na data da autuação, concluo pela insubsistência da autuação fiscal.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210663.0003/10-2, lavrado contra **TRANSCUCATA COMÉRCIO E SERVIÇOS DE METAIS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA