

A. I. Nº - 217683.0606/10-3
AUTUADO - ALPHA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO EPIFÂNIO DA SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 05.04.2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0064-01/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo. A ação fiscal deixou de demonstrar de que modo foi apurada a base de cálculo do imposto. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/06/2010, imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.888,67, acrescido da multa de 100%. Consta na “Descrição dos Fatos do Auto de Infração que: “Às 16:00hs do dia 12/06/2010 no exercício de minhas funções fiscalizadoras, no posto Fiscal Heráclito Barreto, recepcionei o Sr. Roberto de Moraes, CPF – 792.927.391-15, CNH – 02026390750, condutor do veículo de placa NLO - 3675/GO, que transportava uma carga de 1400un de fraldas descartáveis. As mercadorias estavam acobertadas pelas NFE’s 0007237 e 0007236 emitidas em 08/06/2010 pela ALPHA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DO NORDESTE LTDA, CNPJ – 04.859.779/0001-56, Aparecida de Goiânia-GO, tendo como destinatário: SAPEKA IND. E COMÉRCIO DE FRALDAS DO NORDESTE, CNPJ – 07.847.724/0001-14, Cabo de Santo Agostinho – PE. Após conferência das mercadorias constatamos que as descrições dos produtos divergiam das mercadorias transportadas.”

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 37 a 40, indicando inicialmente o endereço para recebimento de todas as intimações.

Esclarece que houve uma incorporação das empresas Sapeka Indústria e Comércio de Fraldas Descartáveis Ltda. e ALPHA Indústria e Comércio Ltda., ambas sediadas em Aparecida de Goiânia – GO e pertencentes ao mesmo grupo empresarial, estabelecido no Pólo Industrial daquela cidade, conforme documentação que anexa.

Reportando-se sobre o fato que ocasionou a ação fiscal, diz que se trata de uma industrialização efetuada por terceiros, ou seja, a Sapeka Nordeste, situada em Pernambuco, enviou matéria-prima, constante das Notas Fiscais nºs 5969 e 5970 (doc. 03 - fls. 55/56) para a fábrica Sapeka, sediada em Aparecida de Goiânia, sendo que esta, através de sua incorporada ALPHA Indústria e Comércio Ltda., após a industrialização, retornou o produto acabado, juntamente com os insumos aplicados na industrialização para a Sapeka Nordeste, através das Notas Fiscais de retorno nºs 7236 e 7237 (doc. 04 - fls.58/59) e das Notas Fiscais de terceirização de mão de obra ns 7237 e 7247 (doc. 06 - fls. 63 a 87).

Diz que nas operações de retorno do produto acabado, ao invés de retornar os insumos com as notas fiscais respectivas, de cada carga, o caminhão que a conduzia portava a carga que deveria estar acobertada pelas Notas Fiscais ns 5970, 7246 e 7247, que embasam o Auto de Infração nº 217683.0602/10-8, que tem por objeto o mesmo fato motivador da acusação fiscal. Acrescenta que isso é de fácil constatação pelo que se vê da descrição dos produtos das Notas Fiscais 5969 e 5970, de remessa, onde se comprova que se trata das mesmas mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais ns 7236 e 7246, de retorno, respectivamente.

Salienta que o retorno das mercadorias de insumos da indústria ocorreu em operações que utilizaram 04 viagens, dado o volume da carga a ser transportado, sendo que, inadvertidamente, as cargas das duas primeiras viagens saíram da indústria acobertadas com as notas fiscais de retorno de insumos das cargas que sairiam posteriormente. Ou seja, as duas primeiras viagens foram acobertadas com as notas de retorno das duas últimas e vice-versa, conforme explicitado acima.

Assevera que apesar do ocorrido, não houve qualquer prejuízo para o erário baiano, pois a competência da cobrança do imposto é da Unidade Federativa de origem, no caso o Estado de Goiás.

Realça que as Notas Fiscais ns 0007236, 0007237, 0007246 e 0007247, que acobertaram as operações de saída de mercadorias do estabelecimento da indústria, situado em Aparecida de Goiânia, para a Sapeka Nordeste, tiveram seus registros nos livros fiscais próprios (doc. 06, fls. 63 a 87), inclusive com apuração do imposto no período de sua competência (doc. 07 - fls. 90 a 115), tudo de conformidade com a legislação tributária pertinente.

Sustenta que com esses esclarecimentos, suportados na verdade real e material, fica afastada definitivamente a inidoneidade das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide, haja vista que sem a inidoneidade das notas fiscais não subsistem os motivos da fundamentação legal insculpida no art. 209, IV e VI, parágrafo único do RICMS/BA, cujo teor reproduz.

Frisa que diante das razões fáticas e das provas materiais colacionadas, o imbróglio decorrente do acompanhamento das cargas com a respectiva documentação fiscal, não gerou qualquer tipo de fraude para fins de sonegação do imposto, o que torna inaplicável o dispositivo regulamentar acima citado.

Finaliza protestando por todos os meios de provas em direito permitidos, inclusive o de sustentação oral, dizendo que espera seja o Auto de Infração julgado improcedente. Requer, ainda, a simultaneidade de julgamentos deste processo com o de nº 217683.0602/10-8, em razão do interesse processual e da matéria – objeto da defesa neles versada, por ser de direito e justiça.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 124 a 129, esclarecendo que considerou as Notas Fiscais ns 7236 e 7237 inidôneas, em razão das divergências entre as mercadorias transportadas e a documentação fiscal que lhes acobertavam. Diz que a peça de defesa, apesar do esmero, não consegue afastar a irregularidade apontada no Auto de Infração, contrariamente, faz aflorar novas e graves afrontas à legislação.

Registra que a incorporação foi decidida no dia 30 de abril de 2010, tendo a baixa no CNPJ ocorrida em 17 de maio de 2010, portanto, a ALPHA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CNPJ – 04.859.779/0001-56, foi extinta nessa última data. Acrescenta que, diante desse fato, todas as notas fiscais que ela venha a emitir ou que a ela se destine serão inidôneas. Ressalta que na documentação fiscal em análise não constam observações a respeito da mudança.

Consigna que as Notas Fiscais ns 5669 e 5670 referem-se à remessa de matéria-prima e insumos para industrialização, tendo sua emissão ocorrida em 02/06/2010, contudo, as fraldas foram produzidas em 01/06/2010, conforme se verifica à fl. 12 dos autos.

Diz que a Nota Fiscal nº 7236, se refere ao retorno de mercadorias remetidas para industrialização, contendo esta nota fiscal dentre outros itens embalagens superfluffy automática G (36960 un) e embalagens superfluffy EG (2640 um), porém, a carga era composta de 1400 UN DE FRALDAS

SUPERFLUFFY EG. Salaria que as embalagens (G+EG) totalizam 39600un, havendo uma diferença de 38200un de embalagens, sendo que a carga era composta exclusivamente de fraldas superfluffy EG com data de fabricação 01/06/2010.

Prosseguindo, diz que a defesa alega que houve um erro e as notas fiscais que deveriam acompanhar a carga seriam as Notas fiscais de ns 7246, 7247, 5970, contudo, mesmo que a carga estivesse com essas notas fiscais as irregularidades persistiriam, haja vista que as fraldas foram produzidas em 01/06/2010 e a Nota Fiscal nº 5970, referente à remessa para industrialização, foi emitida em 02/06/2010, donde se conclui que as fraldas foram produzidas com outros insumos que não os da Nota Fiscal nº 5970. Acrescenta que, além disso, a diferença na totalização das embalagens continuaria, pois a Nota Fiscal nº 7247 refere-se a 1500un de fraldas superfluffy EG e, durante a ação fiscal, constatou tratar-se de 1400un.

Afirma que as Nota Fiscais ns 5969, 5970, 7236 e 7246, muito embora tratem das mesmas mercadorias, não justificam o fato de constar a data de fabricação das fraldas como sendo o dia 01/06/2010, assim como não esclarece a diferença na totalização das embalagens.

Salaria que as viagens que foram necessárias e o volume da operação de retorno das mercadorias não esclarecem o motivo pelo qual a data de fabricação das fraldas é anterior às datas de remessas dos insumos, bem como a diferença na totalização das embalagens e o desalinho com as notas fiscais não esclarecem nem justificam os questionamentos defensivos.

Sustenta que afirmar que não houve qualquer prejuízo ao erário da Bahia é ultrajar a LC 87/96, conforme o art. 11, I, “b”, cujo teor transcreve.

Diz que a lei é clara e não deixa dúvidas a respeito do local da operação, assim se a constatação da irregularidade se deu no território do Estado da Bahia, este é competente para exigir o imposto devido pelo contribuinte. Acrescenta que não há que se falar em registros nos livros fiscais da ALPHA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA após o dia 17 de maio de 2010, data em que ocorreu a baixa no CNPJ por incorporação.

Sustenta que a inidoneidade permanece visto que não foram esclarecidos pontos suscitados nesta peça processual, bem como a inidoneidade da documentação fiscal persiste, haja vista que o impugnante não apresentou elementos capazes de justificar as irregularidades apontadas na autuação.

Reportando-se sobre a solicitação do impugnante, no sentido de que seja feito simultaneamente o julgamento dos dois Autos de Infração, manifesta-se contrariamente, afirmando que os julgamentos em separados deste Auto de Infração e o de nº 217449.0602/10-8 não será prejudicial nem para o autuado e tampouco para o processo.

Conclui sua peça informativa mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide, lavrado no trânsito de mercadorias, versa sobre a exigência de ICMS, em decorrência do cometimento de infração à legislação do ICMS do Estado da Bahia, por contribuinte localizado no Estado de Goiás, decorrente de transporte de mercadorias desacompanhadas do documento fiscal.

De início, verifico que na “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração, consta que as mercadorias estavam acobertadas pelas Notas Fiscais ns 0007237 e 0007236 emitidas em 08/06/2010 pela empresa ALPHA Indústria e Comércio Ltda., CNPJ – 04.859.779/0001-56, localizada em Aparecida de Goiânia, Estado de Goiás, tendo como destinatário Sapeka Indústria e Comércio de Fraldas Descartáveis Ltda., CNPJ – 07.847.724/0001-14, situado em Cabo de Santo Agostinho, Estado de Pernambuco.

Portanto, as mercadorias estavam em trânsito pelo Estado da Bahia, tendo a Fiscalização após conferência das mercadorias, constatado que as descrições dos produtos nos documentos fiscais divergiam daqueles efetivamente transportados.

Nessa situação, o lançamento somente pode ser efetuado para exigir ICMS do emitente das notas fiscais estabelecido em outra unidade da Federação, em total obediência ao princípio da territorialidade, que limita a aplicação e eficácia da lei tributária estadual ao território da unidade federativa que lhe deu vigência.

É certo que, em respeito ao princípio da territorialidade, não pode o Fisco extrapolar os limites geográficos do seu Estado, para impor ao contribuinte estabelecido noutro Estado qualquer sanção, exceto nos casos em que existe norma expressa com determinação em contrário, como ocorre com as operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual e das importações submetidas ao princípio do destino físico, assim como na situação em que esteja com a mercadoria circulando em situação irregular no território da Bahia, sendo o remetente da mercadoria o próprio transportador, pois, neste caso, aplica-se a regra do art. 39, incisos I e V do RICMS/97, que atribui a responsabilidade aos transportadores ou àquele que detiver a mercadoria em situação irregular, registre-se, conforme consignado na Súmula CONSEF Nº 03.

Ocorre que, no presente caso, constato que o autuado - ALPHA Indústria e Comércio Ltda. – é o remetente das mercadorias e o próprio transportador, conforme consta no documento Certificado de Registro de Licenciamento de Veículo nº 8317700664 (fl. 10). Nessa situação, estando as mercadorias em situação irregular resta caracterizada sua sujeição passiva, portanto, sendo legítima a imposição da acusação fiscal em seu nome, como corretamente realizado pelo autuante na lavratura do Auto de Infração em exame.

Observe, contudo, a existência de um vício que inquina de nulidade o ato de lançamento, no caso, a forma como foi apurada a base de cálculo do imposto.

Isto porque, nas NFE's 0007237 e 0007236 emitidas pela ALPHA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DO NORDESTE LTDA., constam como natureza da operação “RETORNO DE MERCADORIAS REM.P/IND. POR ENCOMENDA” e “TERC P/OUTRA PESSOA”, respectivamente, inexistindo qualquer registro sobre o valor das mercadorias encontradas em situação irregular, , no caso, conforme consignado pelo próprio autuante na informação fiscal, “*exclusivamente de fraldas superfluffy EG com data de fabricação 01/06/2010.*”

Ora, apesar de ter indicado no “Demonstrativo de Débito” do Auto de Infração o valor total de R\$ 63.784,00, e a base de cálculo com redução de 10% no valor de R\$ 57.405,60, o autuante deixou de demonstrar como arbitrou a base de cálculo do imposto.

Certamente não observou o autuante as disposições do art. 938, V, “b”, 1 e 2 do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“Art. 938. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:

(...)

V - na fiscalização do trânsito:

(...)

b) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:

1 - o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual da margem de valor adicionado (MVA) correspondente, de acordo com as alíneas "a" a "g" do inciso I; ou

2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;”.

Diante do exposto, considero nulo o lançamento, com fulcro no art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do mesmo Diploma regulamentar processual acima reportado.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **217683.0606/10-3**, lavrado contra **ALPHA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR