

A. I. Nº - 217449.1010/10-0
AUTUADO - SAPPEL DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 21.06.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0156-02/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ILEGITIMIDADE PASSIVA DO REMETENTE DA MERCADORIA ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. O Termo de Apreensão de Mercadorias foi lavrado sem atender as determinações legais, enquanto que o procedimento fiscal foi conduzido de forma irregular, pois, além de faltar a assinatura do detentor das mercadorias e das testemunhas, a autuação deveria ser contra o detentor da mercadoria encontrada em situação irregular, restando caracterizada a ilegitimidade passiva, Súmula CONSEF Nº 3. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/10/2010, exige imposto no valor de R\$123.312,00, referente a utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação.

Consta da descrição dos fatos: Constatou a irregularidade no veículo placa AAP 1902/SC que transitava com 15 pallet de Medidor Altair SAPPEL com o DANFE nº 0231 emitido em 31.08.2010 e não possuía a placa do veículo vinculando o mesmo ao DANFE, não tinha visto do Fisco de Pernambuco, possibilitando assim a sua reutilização em desacordo com o Protocolo 10/07, Ajuste do SINIEF e Parecer da GECOT/DITRI Nº 15375/2009. Sendo o Danfe considerado inidôneo por reutilização.

O autuado, fls. 25 a 35, impugnou o lançamento tributário alegando que em 31/08/2010 enviou 208 medidores para análise, sendo 7 amostras não foram aprovadas nos testes, motivo pela qual o lote foi considerado fora das conformidades, conforme o boletim de notificação de rejeição 058/2010, de 03/09/2010., sendo enviado novo lote para aprovação. Após a aprovação por parte da Fundação Centro Tecnológico de Minas Gerais, enviou 7.340 medidores.

Transcreve os artigos do enquadramento e da tipificação da autuação.

Tece comentários sobre nota fiscal eletrônica e do DANFE.

Alega que não existiu nenhuma desconformidade entre o Danfe e a Operação, tendo a nota fiscal eletrônica passado pelo crivo da SEFAZ-PE, a qual forneceu a autorização de uso da mesma.

Aduz que informou o nome da Transportadora e não foi possível informar a placa do veículo, pois não constava da nota fiscal eletrônica, ressaltando que não há previsão legal para a exigência.

Assevera que não se comprovou a reutilização do documento fiscal.

Afirma que cumpriu as formalidades legais e já pagou o ICMS ao Estado de Pernambuco, no dia 15/09/2010, e o recolhimento a Bahia seria enriquecimento sem causa.

Salienta que o local de fabricação e o destino das mercadorias é diverso do Estado da Bahia.

Argumenta que sendo procedente a autuação sejam considerados os créditos dos insumos, produtos intermediários e embalagens.

O autuante na informação fiscal, fls. 75 a 77, frisa que a autuada apresentou defesa intempestiva, fora do prazo legal, em 16/12/2010, pois o Auto de Infração foi lavrado 13/10/2010.

Aduz que o autuado apresentou laudo de conformidade de lote 058/2010 e 087/2010, alegando que enviou amostras para análise na Fundação Centro Tecnológico de Minas Gerais (folha 54 e 55), mas, não apresentou NFe referente a tais remessa e conforme o contrato (folha 44) cláusula décima primeira o recebimento do material seria com a Nota Fiscal e os hidrômetros defeituosos seriam substituídos. Tais documentos comprovam que foram feitas mais de uma operação com o mesmo Danfe.

Argumenta que, apesar do Danfe nº 231 ter sido emitido dentro das formalidades legais em 31/08/2010, a sua utilização esta eivada de vícios e irregularidades tornando-o empestável para acobertar a operação realizada em 11/10/2010, sendo utilizado com intuito de fraude para acobertando mais de uma operação.

Argumenta que, tendo em vista que a Nfe tem procedimentos especiais, o prazo limite para cancelamento ou circulação do Danfe, de acordo com o art. 1º do Ato COTEPE nº 33/2008 não poderá ser superior a 168hs (o que é equivalente a 7 dias) da data de autorização de uso. O parecer GECOT/DITRI nº 15375/2009 pacifica essa interpretação legal. Sendo a utilização do Danfe pela autuada com mais de 40 dias da data de emissão pertencente a uma operação ocorrida em 31/08/2010, constitui-se em um documento vencido, empestável para acobertar a operação. Estando em desacordo com a legislação vigente, não sendo o documento legal para acobertar a operação.

Ressalta que o Convênio SINIEF S/N Art. 18, combinado com o Art. 19, VI, c disciplina a obrigatoriedade do preenchimento do campo referente a placa do veículo transportador, quando da emissão de Nota Fiscal. O preenchimento deste campo vincula o Documento Fiscal ao veículo transportador, evitando que se reutilize o Documento fiscal em outro veículo. A Cláusula Décima Oitava do Ajuste SINIEF 07/05 disciplina que se aplica a NFe no que couber, as normas do Convênio SINIEF S/N. A alegação da autuada que informou o nome da transportadora e não foi possível informar a placa do veículo, demonstra o intuito de utilizar esse artifício como agente facilitador para a reutilização do Documento Fiscal.

Assevera que a comprovação da reutilização está claramente evidenciada em face de a autuada ter utilizado uma documentação fiscal de uma operação ocorrida em 31/08/2010 para acobertar uma nova operação em 11/10/2010. O Ajuste SINIEF 07/05 Cláusula Quarta, §1º combinado com §2º considera inidôneo o Documento Fiscal ainda que formalmente regular tiver sido emitido ou utilizado com, dolo, fraude, simulação ou erro, mesmo que possibilite a terceiro o não pagamento do imposto ou qualquer vantagem indevida.

Salienta que a alegação do autuado que cumpriu todas as formalidades legais e recolheu o ICMS daquela operação, não justifica a reutilização da documentação fiscal para acobertar mais de uma operação, conforme previsto no Ajuste SINIEF 07/05. A exigência do ICMS e seus acréscimos legais não constituem enriquecimento sem causa para o estado da Bahia, disciplina a LC 87, no art.11, alínea b. O local da Operação ou Prestação, para efeito da cobrança do imposto. Tratando-se de mercadoria ou bem, onde se encontre, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhada de documentação fiscal inidônea, como dispuser a legislação tributária.

Aduz que independente da origem ou destino, as mercadorias acompanhada de documentação fiscal inidônea, o fato gerador para efeito da cobrança de imposto é o local em que se encontre em situação irregular, conforme disciplina a LC/87, não havendo nenhuma afronta ao princípio da territorialidade.

Esclarece que o Ajuste do SINIEF 07/05 Clausula nona § 3º determina que o Danfe será impresso em uma única via. O autuado anexou uma cópia do Danfe 231 (folha 56) sem transito,

demonstrando que emitiu várias cópias do mesmo Danfe para concretizar a reutilização. O Danfe apreendido não se submeteu ao Visto dos Postos Fiscais do Estado de Pernambuco em desacordo com o que disciplina o Ajuste do SINIEF 07/05 § 9º, permitindo assim a reutilização do Danfe.

Entende que o autuado reconhece a procedência da ação fiscal e solicita que seja considerado o crédito do ICMS da aquisição dos insumos, matérias intermediárias e embalagens. A LC 87/96 em seu art. 23 disciplina que o direito ao crédito para efeito de compensação de débitos anteriores está condicionada a idoneidade da documentação fiscal que acoberta a operação ou prestação.

Ao finalizar, requer a manutenção da autuação.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo esta 2ª.JJF decidido que o mesmo encontrava-se em condição de ser julgado.

VOTO

O Auto de Infração em tela foi lavrado no trânsito, para exigir ICMS decorrente da suposta reutilização de Nota Fiscal – utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação.

No tocante a alegação do autuante de que a defesa seria intempestiva, quando prestou sua informação fiscal, a mesma não pode ser acolhida, pois a intimação da lavratura foi entregue o autuado em 16/11/2010, fls. 22 e 23, constando o prazo de 30 (trinta) dias a contar da data do recebimento da referida intimação. A defesa foi apresentada em 16/12/2010, fl. 24. Logo, a defesa apresentada foi tempestiva, não podendo ser acolhido o argumento do fiscal autuante.

Da análise dos autos, constatei existência de vício insanável que macula o lançamento tributário realizado pelos auditores, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado com base no Termo de Apreensão, às fls. 04 e 05, no qual não foi consignada a assinatura do autuado ou qualquer declaração que o mesmo recusou-se a assinar, embora conste a apreensão de mercadoria.

Determinam os artigos 28, IV, do RPAF/99 e 945, do RICMS/97, que o Termo de Apreensão é utilizado para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, nos termos da legislação do ICMS.

No mesmo sentido, estabelece o art. 940, § 2º, do mesmo RICMS, que quando o sujeito passivo, seu representante ou preposto se recusar a assinar o Termo de Apreensão, ou em caso de sua ausência, o termo deverá ser assinado por duas testemunhas.

Logo, entendo que o Termo de Apreensão somente poderia comprovar a existência de irregularidade caso estivesse revestido das formalidades previstas na legislação tributária estadual. Não sendo assinada pelo autuado e nem pelas testemunhas, o mesmo não pode ser aceito como elemento probante.

Ressalto, ainda, a existência de outro vício que é a lavratura contra o remetente das mercadorias, contribuinte localizado em outro Estado, quando consta no DANFE nº 000.000.231, Série 1, que o transportador é a Transportadora Transcapital, empresa que emitiu o conhecimento de transporte rodoviário, fl. 15. Portanto, o autuado não estava na qualidade de detentor das mercadorias transportadas irregularmente.

Nesta situação, o Auto de Infração deveria ter sido lavrado contra o transportador e não o remetente das mercadorias, conforme Súmula CONSF Nº 3, a qual determina que é nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, salvo norma expressa com determinação em contrário, a exemplo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual e das importações submetidas ao princípio do destino físico.

Portanto, restou comprovado que o Termo de Apreensão de Mercadorias foi lavrado sem atender as determinações legais, enquanto que o procedimento fiscal foi conduzido de forma irregular, pois, além de faltar a assinatura do detentor das mercadorias e das testemunhas, a autuação

deferir ser contra o detentor da mercadoria encontra em situação irregular, restando caracterizada a ilegitimidade passiva. Como as ocorrências acima não podem ser sanadas através de diligência, conforme previsto no §1º, do art. 18, do RPAF/99, entendo que a autuação não prospera, por inobservância do devido processo legal e ilegitimidade passiva.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 217449.1010/10-0, lavrado contra **SAPPEL DO BRASIL LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR