

A. I. Nº - 217449.0303/11-1
AUTUADO - MARINHO UTILIDADES LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 04/11/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0231-03/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÃO COM DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Embora a fiscalização não tenha cometido equívocos quando da ação fiscal, o defendente comprovou a emissão de documento fiscal idôneo antes da autuação, ficando elidida a exigência do imposto. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/03/2011, refere-se à exigência de R\$25.471,95 de ICMS, acrescido da multa de 100%, pela utilização de documentos fiscais contendo rasura, adulteração ou falsificação. DANFE cancelado transitando. De acordo com a descrição dos fatos, a mercadoria apresentava etiqueta de ser importada pela empresa Capricórnio S/A, CNPJ 60.745.411/0013-71, e o DANFE 1305 encontra-se cancelado no Portal da NFe, tendo sido utilizado fraudulentamente para dar trânsito à mercadoria, conforme carimbos constantes no referido DANFE.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 46, apresentou impugnação (fls. 32 a 44). Inicialmente, comenta sobre o dever jurídico de pagar um tributo e cita o art. 155, II da Constituição Federal. Salienta que no procedimento administrativo devem ser observados os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada. Diz que a Constituição Federal autoriza o Estado Federado (sujeito ativo) a exigir de alguém que realize operações relativas à circulação de mercadorias, uma prestação pecuniária. Esse alguém (sujeito passivo), somente estará no dever de cumprir essa prestação se, efetivamente, realizar a dita operação, e que a lei define as situações ou hipóteses que sujeitam alguém à obrigação de pagar tributos (art. 114 do CTN), como afirma Aliomar Baleeiro em sua obra Direito Tributário Brasileiro.

No mérito, o defendente chama a atenção de que se trata de uma operação de compra tecidos de malha, seguido de Remessa P/ Industrialização Por Encomenda, com posterior retorno, face ao falecimento do titular do estabelecimento industrializador, ou seja, o autuado adquiriu mercadorias (Tecidos de Malha) junto à TBM TEXTIL IND. E COM. S/A - DANFE nº. 10106, consoante fotocópia que anexou aos autos (fls. 47/48 do PAF). Posteriormente, enviou os tecidos para industrialização através dos DANFES nºs. 000.001.188 e 000.001.191 – Natureza da Operação Remessa P/ Ind. Por Encomenda, e no campo informações consignou a informação: “suspensão do ICMS conf. art. 165 RICMS/BA, Decx nº. 10106 de 09/02/2011. (fls. 49/50 do PAF). O defendente diz que foi surpreendido com o falecimento do titular da empresa Sr. JEILTON SOARES DA SILVA em acidente de trânsito ocorrido no dia 22/03/2011, consoante fotocópias do Boletim de Ocorrência de Trânsito (fls. 51/53 do PAF) e Certidão de Óbito (fl.54 do PAF). Com a morte do empresário, para evitar prejuízo para o autuado, este procurou recuperar as mercadorias enviadas para industrialização especialmente por se tratar de empreendedor individual. Informa que emitiu o DANF nº 000.01305 no dia 25/03/2011, às 16h02min45s, tendo como natureza da operação “Devol.Vendas de Merc. Adq. Ou Rec. De Terceiros”, e no campo informações complementares consignou: “Retorno de Mercadorias Remetidas P/ Industrialização Ref. NF 1188 de 01/03/2011”, (fl. 55 do PAF). Diz que após a emissão do documento fiscal, constatou erro da Natureza da operação, e este fato motivou o cancelamento seguido da emissão do DANF nº. 000.001.308, no dia 25/03/2011, às 17h42min03s, tendo como natureza da operação “Retorno de Merc. Remet. P/ Industrialização por Encomenda”, e no campo informações complementares consignou:

“Retorno de Mercadorias Remetidas P/Industrialização Ref. NF 1188 de 01/02/20011” (fl. 56 do PAF). Acrescenta que embora tenham sido tomadas todas as precauções para evitar prejuízo, ocorreu uma falha humana, um equívoco de boa fé, ao entregar o DANFE cancelado ao transportador, quando deveria entregar o DANFE nº. 000.001308, emitido em substituição ao DANFE nº. 000.001305.

O defendente informa que ao tomar ciência do falecimento do titular da empresa, também tomou conhecimento que no local do acidente existiam pessoas reclamando direito de herança, e este fato motivou o autuado a agir rapidamente para recuperar as mercadorias enviadas para industrialização. Assim, emitiu NF-e nº. 1305; posteriormente constatou erro na Natureza da Operação. Por isso, cancelou, e em substituição emitiu a NF-e 1.308 com a Natureza da Operação correta. Assegura que a NF-e emitida não foi utilizada com dolo, fraude, simulação ou erro que possibilitasse, mesmo a terceiro, o não-pagamento de imposto ou qualquer outra vantagem. Reproduz o que dispõe o art. 209 do RICMS/BA, e apresenta o entendimento de que restou provado o equívoco de boa fé, que o documento não fere disposição legal; não omite informações que impossibilitem a perfeita indicação da operação; é o legalmente exigido para a operação; refere-se a uma efetiva saída (retorno) de mercadorias da empresa JEILTON SOARES DA SILVA e uma efetiva entrada no estabelecimento autuado, com toda a origem das mercadorias comprovada, e o mais importante caso não tomasse providência urgente certamente teria perdido as mercadorias. Diz que não se comprovou qualquer intuito de fraude; os intervenientes na operação, adquirente e vendedor, exercem suas respectivas atividades e estão perfeitamente inscritos e habilitados, portanto, a defesa só pode atribuir a “inidoneidade” a um excesso de zelo do autuante. Salienta que a Nota Fiscal Eletrônica pode ser confirmada a emissão pelo preposto lotado no Posto Fiscal mediante consulta ao SISTEMA SEFAZ, ou seja, no portal nacional da NF-e. A SEFAZ/BA toma conhecimento via online no momento da emissão, ou seja, a transmissão do arquivo digital NF-e foi enviada via internet, por meio de Protocolo de segurança constando dia, mês e hora da emissão. Isto quer dizer que o autuante poderia confirmar a emissão considerando que o termo de ocorrência foi lavrado em 26/03/2011 e a autuada ao tomar conhecimento da ocorrência, informou ao Fisco que houve equívoco quando da entrega ao transportador ao invés de entregar o DANFE nº. 000.001.308 entregou o DANFE nº. 000.001.305. Portanto o documento emitido e cancelado pelo Remetente não foi utilizado com intuito de fraude, até porque minutos depois emitiu o DANFE nº. 000.001.308, ou seja, em 25/03/2011, às 17h42min03s; em substituição ao cancelado o qual foi registrado rigorosamente nos seus livros fiscais e contábeis.

Em seguida, o defendente comenta sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e finaliza pedindo a conversão do presente processo em diligência para que sejam confirmadas as alegações defensivas, conforme documentos acostados aos autos, comprovando a origem (aquisição) das mercadorias enviadas para industrialização, a remessa para Industrialização, o retorno das mercadorias enviadas para industrialização e os registros fiscais e contábeis. Por fim, o deferimento de todos os meios de provas permitidos em Direito, juntada posterior de documentos inclusive em contraprova, ouvida de testemunhas, cujo rol oportunamente apresentará para que, seja julgado improcedente o presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 62 a 65 dos autos, dizendo que não se confirma a alegação de improcedência da autuação, em face de ter sido efetuada operação utilizando um DANFE de Entrada nº 1305, cancelado no Portal da NFe para dar trânsito a mercadorias oriundas de Pernambuco, não cabendo o benefício da suspensão do ICMS. Diz que a emissão do DANFE de entrada pelo remetente para acobertar um possível retorno de mercadoria enviada para industrialização não é o documento exigido para a operação. Informa que de acordo com o art 618, inciso, I do RICMS, o retorno ao estabelecimento autor da encomenda, nas condições prevista no art. 615 do mencionado Regulamento, é o estabelecimento industrializador é quem deverá emitir a Nota Fiscal. Para que a Operação continuasse usufruindo o Benefício da suspensão do ICMS deveria estar de acordo com os dispositivos legais acima citados. Salienta que além do vício insanável do DANFE cancelado, a operação está em desacordo com a legislação do ICMS.

Prosseguindo, o autuante apresenta o entendimento de que só é possível a emissão de nota fiscal de entrada pelo estabelecimento de origem quando a encomenda for concluída por pessoas não obrigadas a emissão de documentos fiscais, conforme art.623 do RICMS/BA. Diz que a justificativa do autuado de que efetuava operação em virtude da morte do proprietário da empresa industrializadora, não possui fundamentação jurídica e, conforme disciplina o Código Civil, após a morte do proprietário da empresa a sucessão será feita pelos herdeiros ou cônjuge. Também informa que o CTN disciplina a matéria no art. 131, e que a consulta feita ao sistema Sintegra e à Receita Federal, a empresa continua ativa, e estando as mercadorias na posse da empresa industrializadora só essa que deveria efetuar o retorno das mercadorias. Fala sobre o Ajuste do SINIEF 07/05 e art. 231-H do RICMS, quanto ao uso do DANFE para acobertar operação de trânsito é obrigatório e de acordo com art.231-D, II §§ 1º e 2º, será considerado inidôneo o DANFE utilizado por erro ou dolo e que não esteja autorizado para uso. Neste caso, o DANFE objeto da autuação não possuía mais a autorização porque já estava cancelado. Diz que a alegação do defendente de que efetuou a emissão do DANFE nº 1308, com autorização de uso não implica validação das informações nele contidas, e o DANFE que transitou acobertando a operação foi o Danfe nº 1305 que estava cancelado no Portal da Nfe.

O autuante entende que não justifica a utilização de documento fiscal cancelado para acobertar uma operação, conforme previsto no Ajuste do SINIEF 07/05, Clausula Quarta, §1º combinado com §2º, que 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 outra vantagem indevida. Comenta que a alegação do defendente quanto à regularidade da operação não se confirma diante dos procedimentos fiscais adotados e da documentação utilizada para acobertar a operação, haja vista que o autuado utilizou o DANFE de Entrada nº 1305, cancelado, para acobertar o trânsito de mercadoria simulando uma devolução de mercadoria enviada para industrialização em outro Estado. Emitiu um novo DANFE de entrada nº 1308, tendo como natureza da operação “Retorno de Mercadoria Enviada para Industrialização” (pag.25). Assegura que os dois DANFES estão eivados dos vícios a seguir: a) o DANFE nº 1305 transitou já estando Cancelado no Sistema do Portal da Nfe sendo considerado inidôneo; b) o DANFE nº 1308 é também um documento inadequado para acobertar operação a operação de mercadoria porque não transitou e o retorno de mercadoria enviada para industrialização a empresa industrializadora é que deverá emitir a Nfe de retorno de acordo com a Legislação vigente. Informa, ainda, que conferências físicas constataram que não houve industrialização e a mercadoria apresentava etiqueta indicando que foi importada pela empresa Capricórnio S.A de Santa Catarina, diferentemente da empresa TBM TEXTIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A de Mato Grosso, que o autuado alega que adquiriu a mercadoria. Quanto à informação do autuado de que efetuou os registros contábeis dos DANFES de entrada, diz que a Nfe cancelada, denegada e o números inutilizados devem ser escriturados, sem valor monetário, de acordo com a legislação vigente. Comenta sobre o princípio da proporcionalidade e diz que na presente autuação fiscal não houve nenhuma violação ao princípio da razoabilidade nem ao princípio da proporcionalidade, estando o crédito reclamado e seus acréscimos legais de acordo com a legislação vigente. Entende que deve ser indeferido o pedido de diligência fiscal, formulado pelo defendente, nos termos do art. 147 do RPAF.

Quanto ao pedido para apresentado pelo defendente para a juntada de documentos, e ouvida de testemunhas, diz que compete ao relator, tanto na primeira como na segunda instância avaliar se o processo se encontra em condições de ser levado a julgamento. A juntada aos autos ou pelo sujeito passivo, de documento novo ou outro elemento probatório, durante o preparo ou na fase de instrução do processo, ensejará abertura de vista ao sujeito passivo ou ao fiscal autuante, conforme estabelece o art. 137 e seu parágrafo único do RPAF/BA.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, tendo em vista que foi constatado transporte de mercadorias com o DANFE 1305, que se encontrava cancelado no Portal da Nfe,

tendo sido utilizado para dar trânsito às mercadorias, conforme carimbos constantes no mencionado DANFE. Termo de Ocorrência Fiscal à fl. 04 do PAF.

O autuado alegou que emitiu o DANF nº 000.01305, tendo como natureza da operação “Devol.Vendas de Merc. Adq. Ou Rec. De Terceiros”, e no campo informações complementares consignou: “Retorno de Mercadorias Remetidas P/ Industrialização Ref. NF 1188 de 01/03/2011”. Informa que após a emissão do documento fiscal, constatou erro da natureza da operação, e este fato motivou o cancelamento, seguido da emissão do DANF nº. 000.001308, tendo como natureza da operação “Retorno de Merc. Remet. P/ Industrialização por Encomenda”. Acrescenta que embora tenham sido tomadas todas as precauções, ocorreu uma falha humana, um equívoco de boa fé, ao entregar o DANFE cancelado ao transportador, quando deveria entregar o DANFE nº. 1308, emitido em substituição ao DANFE nº. 1305.

Observo que o Termo de Ocorrência Fiscal comprova o fato apurado, e o autuado reconheceu que estava transportando a mercadoria com o documento fiscal cancelado, dizendo que houve equívoco quando da entrega ao transportador, ao invés de entregar o DANFE nº. 1308, entregou o DANFE nº. 1305. Diz que o documento emitido e cancelado não foi utilizado com intuito de fraude, até porque, minutos depois, emitiu o DANFE nº. 1308.

De acordo com o inciso II do art. 632 do RICMS/BA, “o trânsito ou porte irregular de mercadoria não se corrige com a posterior emissão de documento fiscal, se a emissão ocorrer depois do início da ação fiscal”

No caso em exame, apesar de ter sido confirmado o uso do DANFE errado, está comprovado que o DANFE 1308 (fl. 56 do PAF) foi emitido às 17h42min03s, momento posterior ao da emissão do DANFE 1305 (fl. 55), que ocorreu às 16h02min45s. Assim, entendo que devem ser acatadas as provas e ponderações apresentadas pelo defendente, considerando que a emissão do documento correto foi efetuada antes da ação fiscal, e não ficou evidente a existência de prejuízo ao erário estadual.

Vale ressaltar, que o trabalho realizado pela fiscalização tem como objetivo analisar a regularidade das operações de circulação de mercadorias realizadas por contribuinte e, sendo apurada a falta de notas fiscais ou a existência de documentos fiscais inidôneos, é exigido o ICMS, como ocorreu no presente caso.

A documentação fiscal que acobertava as operações foi considerada inidônea porque, apesar de apresentar características de que poderia estar revestida das formalidades legais, foi cancelada pelo autuado, tendo sido emitido outro DANFE, que não acompanhava as mercadorias no momento da ação fiscal.

Observo que embora a fiscalização não tenha cometido equívocos quando da lavratura do presente Auto de Infração, compete ao órgão julgador formar o seu convencimento de acordo com os fatos e circunstâncias constantes nos autos, analisando os argumentos defensivos e apreciando as provas apresentadas.

Dessa forma, concluo pela insubsistência do presente lançamento, considerando que as alegações defensivas e as provas acostadas aos autos são suficientes para elidir a exigência fiscal, porque no momento da ação fiscal, o DANFE 1308 já tinha sido emitido, referindo-se às mercadorias encontradas, inexistindo prejuízo ao erário estadual.

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 217449.0303/11-1, lavrado contra **MARINHO UTILIDADES LTDA.**

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR