

A. I. N° - 217449.0501/11-8
AUTUADO - MILLS ESTRUTURAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA S.A.
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - IFMT DAT/NORTE
INTERNET - 01.03.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 004-02/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. DIVERGÊNCIA ENTRE O DOCUMENTO FISCAL E A CARGA TRANSPORTADA. É legal a exigência de imposto do detentor da mercadoria em situação irregular, desacompanhada da documentação fiscal correspondente. Infração caracterizada mediante divergência entre a documentação fiscal e a carga transportada. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 12/05/2011, para constituir o crédito tributário no valor de R\$13.285,80, em razão de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física. Consta da descrição dos fatos que: no exercício regular das funções fiscalizadoras, constatou irregularidades no veículo placa CZB4503/KCO2041 que transportava 825 pç. de Perfil Extrudado de Alumínio NCM 7604.102 e apresentou o Danfe nº 596 chave 2911.0527.0935.5800.1510.5500.3000.0005.9610.0000.5960 que constava como mercadoria material de ferro para andaime conforme NCM 7308.4000, simulando uma transferência de bem do ativo para fugir da tributação da mercadoria. Sendo o Danfe considerado INIDÔNEO por divergência entre a mercadoria a discriminada no documento fiscal. E, como prova do ilícito fiscal, foi feita a apreensão das Mercadorias e do Danfe.

O autuado às folhas 37 a 50, mediante advogado habilitado nos autos, impugnou o lançamento tributário alegando que houve mero erro no preenchimento do DANFE e da nota fiscal, ao preencher o campo destinado ao código NCM, imputou erroneamente o código referente a “material p/andaimes,armações,etc. ferro fund/ferro/aço” (7308.40.00), quando o correto seria o previsto para “construções/outs. partes, chapas, barras, etc. de alumínio” (7610.9000). Dessa forma, levando-se em conta a irrelevância do equívoco cometido, conclui que a apreensão das mercadorias e do DANFE, a cobrança do ICMS e a aplicação da multa em percentual elevado são medidas irrazoáveis, ilegais e até mesmo arbitrárias.

Acrescenta que também não merece prosperar a alegação de que a operação de transferência de bens do ativo configura-se como simulação destinada a acobertar o pagamento do ICMS.

Tece comentários sobre lançamento tributário, observando que é ônus da autoridade lançadora comprovar a conduta dolosa do sujeito passivo – o que não ocorreu no presente caso. A autuação foi baseada em meras presunções, não tendo sido demonstrada a má-fé da impugnante.

Frisa que no presente caso, o mero erro no preenchimento do DANFE, com a utilização errada do código NCM, quando as demais informações prestadas encontram-se corretas, não é, por si só, capaz de caracterizar qualquer infração tributária. Dessa forma, como o erro não ocasionou qualquer prejuízo para a Fazenda Pública, não há como se imputar a pecha de inidoneidade ao documento fiscal em tela, citando decisões de outros tribunais.

Cita que o CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL DO ESTADO DA BAHIA também considera como indevida as autuações que tenha por objeto equívocos cometidos pelos contribuintes no preenchimento de livros e documentos fiscais: *‘EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES*

LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Comprovado nos autos que houve apenas um equívoco na encadernação do livro Registro de Entradas, não se caracterizando o cometimento da infração apontada, como reconhecido pelo próprio autuante. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime’.

Aduz que a transferência de bens do ativo fixo não há incidência de ICMS.

Argumenta que no presente caso, a impugnante tinha por objetivo transferir perfis extrudados de alumínio, que compõe os bens de seu ativo imobilizado, de sua filial localizada no Município de Simões Filho, na Bahia, para aquela outra localizada em Pontezinha, Pernambuco. Por sua vez, o Agente Fiscal responsável pela autuação fiscal entendeu que essa operação de transferência da Impugnante configurava simulação, uma das modalidades de evasão fiscal, com o intuito de não recolher o ICMS devido na operação interestadual, o que causaria dano ao erário. Contudo, os bens pertencentes ao ativo imobilizado são apenas transferidos de um estabelecimento para outro da própria da impugnante, sem ocorrência de circulação jurídica. A saída física de bens do estabelecimento, por si só, é irrelevante para tipificar a hipótese de incidência do ICMS.

Entende que a transferência de bens pertencentes ao ativo imobilizado de um local para outro no âmbito da mesma empresa, não é operação de cunho econômico, nem constitui fato ao qual a lei atribua consequências; não é, em suma, um fato jurídico tributário, a luz do que dispõe o inciso II do artigo 155, da Constituição Federal.

Aduz que o STJ, por analogia, entende que a remessa de bens de ativo imobilizado de um estabelecimento para outro, da mesma pessoa jurídica, não configura hipótese de incidência do ICMS.

Ao final, requer o cancelamento do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 92 a 95, aduz que a alegação da autuada solicitando o cancelamento do Auto de infração por ilegalidade na autuação, não se faz verdadeira. A análise mais detalhada do Danfe nº 596, verifica-se as seguintes irregularidades: a descrição do produto constante no mesmo é “VJ alumina” pesquisa feita no próprio site da autuada essa denominação significa “Vigas Metálicas para andaimes” e o NCM 7308.40.00 confirma a declaração do produto. Verificação física constatou que a mercadoria tratava-se de “Perfil extrudado de alumínio, conforme fotos em anexo (pág. 23, 24, 25). Ficando configurado a divergência entre o produto e o discriminado na Documentação fiscal.

Assevera que a natureza da Operação “transferência de mercadoria”, constitui fato gerador do ICMS, de acordo com a LC 87, Art. 21, I e o RICMS Art. 2º, I “ Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadorias de um estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular”. O Art. 2º, V do RICMS disciplina que a saída decorrente de desincorporação de bem do ativo permanente constitui fato gerador do ICMS.

Acrescenta que o DANFE no campo de informações complementares consta como amparo legal de não-incidência na operação o Art. 6º, inciso VII do RICMS, que disciplina a saída de mercadoria ou bem pertencente a terceiros, de estabelecimento de empresa de transporte ou de depósito, por conta e ordem desta, portanto, não se aplica a presente operação.

Destaca que o Ajuste do 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 outra vantagem indevida.

Argumenta que a infração de utilização de documento fiscal INIDÔNEO constitui uma infração de ação múltiplas, contemplando varias condutas. A ocorrência de uma ou várias condutas são suficiente para a tipificação e a exclusão de uma ou outra conduta não exclui a tipicidade da infração.

No tocante a alegação da autuada que houve burocracia e formalismo desnecessário para a

presente autuação em face, a autuada reconhece a divergência e alega que foi um mero equívoco de preenchimento, não é suficiente para excluir a ilicitude conforme disciplina Ajuste do SINIEF 07/05, Clausula 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 outra vantagem indevida.

Argumenta que sendo a presente operação tributada pelo ICMS e tendo a autuada CANAE (Código Nacional de Atividade Econômica) 4789099- comércio varejista de outros produtos, (Contribuinte do ICMS) a desincorporação de bens e mercadorias do ativo imobilizado ela teria direito a redução da base de cálculo em 80%, conforme previsto no Convênio do ICMS 15/81 e Art. 83, II. Mas para fruição desse Benefício Fiscal, disciplina o Art. 83, II, alínea “c”, que não prevalecerá a redução da base de cálculo em se tratando de mercadoria cujas entradas e saídas não se realizarem mediante a emissão de documentação fiscal própria da respectiva mercadoria. No caso em tela a documentação fiscal é considerada INIDONEA por divergência entre a mercadoria e o discriminado na documentação fiscal não se aplicando a redução da base de cálculo por tratar-se de documento fiscal não correspondente a respectiva mercadoria. Sendo, portanto exigido o imposto integral e seus acréscimos legais.

Ressalta que como prova da mercadoria (Perfil extrudado de alumínio), está anexa (pág. 21) a etiqueta constante nos pallets e possui data de fabricação de 16/04/2011 pela empresa Companhia Brasileira de Alumínio e as fotos da Mercadoria (fls. 23, 24, 25).

No tocante a súmula 166/STJ diz que o fato gerador está disciplinado no CTN no Art. 114, que é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. A natureza da Operação “transferência de mercadoria ou bem do ativo imobilizado”, constitui fato gerador do ICMS, de acordo com a LC 87, Art.21, I e o RICMS Art. 2º, I “Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadorias de um estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular”. O Art.2º, V do RICMS disciplina que a saída decorrente de desincorporação de bem do ativo permanente constitui fato gerado do ICMS.

Cita que de acordo com o CTN Art. 14 e a L/C 87 Art. 21, I a transferência de mercadorias e bem constitui fato gerador do ICMS de um estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, inclusive em caso de transferência. Diante da clara constatação no CTN e na L/C 87 que tipifica a transferência na hipótese de incidência do ICMS ,conclui-se assim entendido que a operação de transferência não se constitui no instituto do “simples deslocamento” alegado pela autuada.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física. Consta da descrição dos fatos que: no exercício regular das funções fiscalizadoras, constatou irregularidades no veículo placa CZB4503/KCO2041 que transportava 825 peças de Perfil Extrudado de Alumínio NCM 7604.102 e apresentou o DANFE nº 596 chave 2911.0527.0935.5800.1510.5500.3000.0005.9610.0000.5960 que constava como mercadoria material de ferro para andaime conforme NCM 7308.4000, simulando uma transferência de bem do ativo para fugir da tributação da mercadoria. Sendo o DANFE considerado INIDÔNEO por divergência entre a mercadoria a discriminada no documento fiscal. E, como prova do ilícito fiscal foi feita a apreensão das Mercadorias e do DANFE.

Inicialmente não pode ser acolhida a preliminar de nulidade/cancelamento requerida pela defesa, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação

ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputada.

No mérito, entendo que a infração restou caracterizada, pois, como bem ressaltou o autuante em sua informação fiscal, ao se analisar o DANFE nº 596, verifica-se as seguintes irregularidades: a descrição do produto constante no mesmo é “VJ alguma” pesquisa feita no próprio site da autuada essa denominação significa” Vigas Metálicas para andaimes” e o NCM 7308.40.00 confirma a declaração do produto. Verificação física, realizada durante a ação fiscal, constatou que a mercadoria tratava-se de “Perfil extrudado de alumínio, NCM 7604.102, conforme cópia de fotos acostadas aos autos pela fiscalização às folhas 23, 24 e 25. Ficando configurado a divergência entre o produto e o discriminado na documentação fiscal, fato que caracteriza a inidoneidade do documento fiscal que amparava a operação de circulação de mercadoria.

Quanto a alegação do autuado de que teria havido apenas um erro no preenchimento do documento fiscal, entendo que não é capaz de elidir a infração, pois o referido erro tornou o documento inidôneo.

Em relação ao acórdão citado pela defesa o mesmo trata de outra matéria, qual seja, erro de encadernação de livro fiscal, matéria totalmente diversa da autuação em lide.

Em relação as decisões de outros tribunais, devo ressaltar que as mesmas não tem efeito vinculante para os julgamento do contencioso administrativo fiscal do Estado da Bahia.

Ressalto que no caso o documento fiscal não fosse considerado inidôneo seria devido o ICMS nas operações de transferência de bens do ativo imobilizado, nos termos do arts. 11, inciso II, 12, Inciso I e 13, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96, conforme decisão exarada no ACÓRDÃO CJF Nº 0310-12/09 da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, que acolheu o parecer PGE/PROFIS, em outro Auto de Infração lavrado contra o mesmo sujeito passivo.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217449.0501/11-8**, lavrado contra **MILLS ESTRUTURAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.285,80**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR