

A. I. Nº - 232421.0209/12-4
AUTUAD - NORPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - DEGINALDO DOS SANTOS DEZIDÉRIO
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 22. 10 .2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0245-01/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. INCERTEZA QUANTO AO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO. Dúvidas substanciais quanto à existência da infração precisam ser afastadas antes do lançamento de ofício, não sendo razoável que, sem lastro probatório, se proceda à autuação. Não restou comprovado nos autos a inidoneidade da Nota Fiscal. Falta de certeza na identificação da mercadoria para considerá-la diversa da constante no documento fiscal, uma vez que uma mera conferência visual em produto químico é insuficiente para sua inequívoca identificação. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadorias, em 15/02/12, para exigir ICMS, no valor de R\$12.347,10, mais 100% multa, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, com a seguinte acusação:

“Divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física.”

Para subsidiar o lançamento tributário foi lavrado Termo de Apreensão, fl. 06.

Na peça de defesa, fls. 32 a 42, depois de discorrer acerca da infração que lhe foi imputada, o autuado afirma que a acusação fiscal não corresponde à realidade fática patente no caso concreto e, ocorreria que de forma irregular, além de se mostrar confusa em suas informações, bem como não se procedeu de forma a assegurar, com inequívoca certeza, a verdade material no caso em tela. Em seguida, articula os seguintes argumentos.

Depois de transcrever a alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF-BA/99, afirma que o lançamento de ofício deve ser acompanhado de informações idôneas pelas quais se possa aferir a infração imputada, bem como o suposto infrator. Acrescenta que a ausência destes requisitos traz vício congênito à autuação, lhe retirando requisito essencial de validade.

Assinala que o Auto de Infração demonstra-se eivado de equívocos e inconsistências em seu bojo, o que o torna inservível para constituir o suposto crédito tributário.

Menciona que é óbvia a insegurança na identificação do produto transportado, por parte do autuante, uma vez que consta na descrição dos fatos do Auto de Infração que a suposta inidoneidade da Nota Fiscal apresentada teria sido constatada “através de conferência física do produto”. Prossegue observando que a circunstância fática elementar para a lavratura do Auto de Infração foi o autuante ter considerado que a mercadoria contida no caminhão seria diversa daquela cujas informações constavam na Nota Fiscal. Destaca que apesar do autuante ter se referido a documento anexo que teria embasado a dita inidoneidade da Nota Fiscal, inexistente qualquer documento que contivesse informações relativas à alegada constatação, de sorte que a desqualificação promovida pela fiscalização carece de fundamentação que lhe concedesse lastro.

Ressalta que além de não indicar as razões que o fizeram entender que a mercadoria transportada

era Polietileno de Baixa Densidade ao invés do Composto de Polietileno 6801N, o autuante incorreu em contradição quanto à qualificação do produto transportado, vez que o nomeou de três maneiras diferentes em quatro documentos, sendo que em dois destes (Termo de Apreensão, fl. 06 e Nota Fiscal Avulsa, fl. 13) a qualificação utilizada é idêntica à constante na Nota Fiscal tida como inidônea. Assevera que essas incongruências, corroboram, com a insegurança do autuante, ato contínuo, do Auto de Infração por este lavrado.

Destaca a falta de elementos suficientes para comprovar a infração, tendo em vista que o autuante não fez prova, em momento algum, da imputada divergência entre a substância transportada e a informação contida no documento fiscal. Afirma que para a autuação ser reputada válida o autuante deveria ter recolhido amostras do produto, para fins de realização de perícia e constatação inequívoca da apontada diferença.

Assegura que acatar a imputação desprovida de lastro probatório fidedigno é atentar contra a lógica e senso de justiça que devem pautar todos os processos administrativos fiscais. Acrescenta que alegações unilaterais sem qualquer comprovação fática jamais podem ser consideradas aptas a qualquer condenação, por fugir de qualquer parâmetro de razoabilidade.

Transcreve ementa de decisão do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais sobre a matéria para corroborar sua tese.

Reafirma que inexistente nos autos comprovação de que a mercadoria transportada seria diversa da constante na Nota Fiscal, o que poderia ser feito, por exemplo, acaso tivesse sido colhida amostra do produto a fim de realizar os exames laboratoriais necessários à confirmação da qualidade do produto transportado. Arrematando, frisa que mesmo se tivesse havido o recolhimento da amostra e realização da análise do produto, o que, repise-se, não ocorreu *in casu*, deveria lhe ser assegurado o direito de participar deste procedimento de perícia, consoante os constitucionais direitos ao contraditório e a ampla defesa, que devem ser respeitados desde o início do procedimento administrativo.

Assinala que por faltarem subsídios para determinar, com a segurança requerida pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, a infração cometida, há que se considerar nulo a presente autuação, conforme art. 18 do Decreto 7.629/99.

No que tange ao mérito da autuação cita que a acusação fiscal deve ser considerada completamente improcedente, uma vez que a mercadoria transportada correspondia, de fato, à nota fiscal que a acompanhava, não havendo que se falar, desta forma, em cometimento de qualquer infração.

Observa que na descrição dos fatos do auto de infração, o autuante alegou que o produto transportado seria Polietileno de Baixa Densidade de produção da empresa BRASKEM, no entanto, a mera alegação não deve ser considerada, *de per se*, como prova cabal da qualidade da mercadoria, devendo ser atentado o fato da produção do Composto de Polietileno 6801N ser utilizado, dentre outros, do insumo chamado Polietileno adquirido perante a Braskem, o que pode ter dado azo ao erro de interpretação da fiscalização.

Menciona que o autuante não possuía aptidão técnica para, a olho nu, identificar a composição química do produto transportado, uma vez que o processo de industrialização compreende uma vasta gama de procedimentos, os quais estão previstos no art. 4º do Regulamento do IPI - Decreto nº 7.212/2010 que transcreve.

Diz que a mera constatação visual dos produtos transportados não deveria, em nenhuma hipótese, ser o bastante para o convencimento do autuado em relação ao presente Auto de Infração, de forma a considerar, por seu mero alvedrio, a nota fiscal apresentada como inidônea.

Enfatiza que a transformação, prevista no inciso I do art. 4º do RIPI, é o procedimento de industrialização exercido sobre o polietileno, de sorte a obter-se espécie nova, qual seja o Composto de Polietileno, tornando absolutamente indevida a adução de que haveria discrepância entre o produto transportado e a nota fiscal que o acompanhava.

Assevera que a mera constatação visual dos produtos transportados não deveria, em nenhuma hipótese, ser o bastante para o convencimento do autuante em relação ao cometimento da infração de forma a considerar, por seu mero alvedrio, a nota fiscal apresentada como inidônea. Acrescenta que não tendo o autuante a aptidão e qualificação necessárias para identificar o conteúdo da substância apreendida, posto que, em sua, aparência física, em muito se assemelham, fazia-se necessária à constatação através da realização de perícia.

Esclarece que, não tendo sido realizada a aludida perícia, e não sendo suficiente a análise mediante contraste visual, há que se aplicar o quanto disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional - CTN -, que reproduz, para aduzir que o princípio *in dubio pro contribuinte*, pelo qual a dúvida quanto à realidade fática deve sempre ser interpretada de forma benéfica ao Contribuinte, evitando-se que sejam realizadas exigências descabidas.

Arremata destacando que a autuação deve ser considerada totalmente improcedente, cancelando-se o imposto lançando e, conseqüentemente, a multa aplicada pela suposta infração, cuja ocorrência nunca restou demonstrada.

Informa que o ICMS relativo à operação de circulação de mercadorias objeto da autuação, já foi devidamente adimplido, tendo em vista que por ocasião da emissão da nota fiscal referente ao Composto de Polietileno 6801N, foi destacado o valor de R\$12.347,10, que diz respeito ao ICMS incidente sobre a operação de circulação de mercadoria realizada, valendo-se da alíquota interestadual de 12%. Prossegue relatando que não obstante este evidente fato, o autuado, entendendo, equivocadamente, que se tratava de transporte de substância diversa, fez incidir, sobre a mesma base de cálculo constante na nota fiscal considerada inidônea, novamente, a alíquota do ICMS, realizando cobrança no mesmo importe da já adimplida.

Afirma que acaso seja promovida a cobrança, incorre-se em *bis in idem*, ocasionando o enriquecimento ilícito do Estado da Bahia, que irá receber, por duas vezes, ICMS referente a uma mesma operação de circulação de mercadorias. Ressalta que o efetivo pagamento do imposto pode ser comprovado não apenas pelas informações constantes da aludida nota fiscal, como também no livro de Registro de Saídas, cuja cópia da folha segue em anexo, fl. 52, bem como do livro de Apuração do ICMS, fls. 53 a 55, ou seja, a saída realizada foi efetivamente registrada, bem como que o imposto correspondente a esta operação foi devidamente contabilizado de forma que o encargo tributário incidente sobre a operação foi integralmente adimplido.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração e na hipótese de ser ultrapassada preliminar que seja julgado improcedente.

Protesta, ainda, por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando, de logo, juntada posterior de documentos e demonstrativos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, perícia e revisão do lançamento, inclusive em contra prova.

O autuante presta informação fiscal, fl. 62 a 63, observando que o autuado deixou de recolher o ICMS da mercadoria enquadrada como documento fiscal inidôneo, visto que a autuada recebeu mercadoria de terceiro e emitiu documento fiscal como se a mercadoria fosse de sua fabricação própria, conforme DANFE nº 10151 de 15/02/2012. Ressalta que lavrou o termo de ocorrência fiscal e posteriormente o Auto de Infração, pois no veículo não foi encontrado o produto discriminado no documento emitido pela autuada.

Diz que o autuado apresentou defesa, requerendo a improcedência do Auto de Infração, sob o argumento de inexistência de irregularidade, fazendo uma descrição simplificada da emissão da NFe e Danfe quanto ao produto transportado, alegando que o produto deveria ser periciado e que não procede a cobrança, visto que o produto por ela elaborado utilizou-se o polietileno de baixa densidade.

Destaca que o autuado apresentou defesa que não justifica seu procedimento, pois a remessa ora realizada como se a mercadoria fosse de fabricação de seu próprio estabelecimento, CFOP 6101, não procede por vários motivos que enumera.

Assevera que conforme Termo de Conferência, fl. 11, foi detectado in loco que a mercadoria não passou por nenhum processo de industrialização no estabelecimento do autuado, pois POLIETILENO DE BAIXA DENSIDADE é matéria prima para produtos de plásticos, e não produto fabricado pela mesma, pois em seu CNAE principal/secundário consta que é a fabricação de material plástico.

Afirma que o valor unitário R\$4,035, mostra que foi este o valor de aquisição do polietileno da Braskem, CNPJ 421503910032/77, que a mesma adquiriu com diferimento e revende para fora do Estado como se de sua fabricação fosse e não acompanha certificado de análise, como é feito nas remessas que a Braskem faz para o autuado. Acrescenta assinalando que o lote do produto que continha a seguinte numeração da Braskem 6801 NBAKC IK162E, fl. 78, em 11/2011 e com vencimento em 2014, portanto, devia comprovar com o DANFE de aquisição deste produto ora transportado, pois a mesma não fabrica polietileno de baixa densidade.

Esclarece no tocante à alegada divergência entre nomenclatura do produto que no Auto de Infração, Termo de Conferência, Termo de Apreensão e Nota Fiscal Avulsa, que a defesa da autuada esqueceu que o que determina no produto é o NCM que em todos os documentos emitidos os NCM 39011091/39011010 são de Polietileno de Baixa Densidade e o Termo de Conferência, fl. 11, que a mesma não alega, discrimina claramente, a mercadoria transportada,

Assevera que não procede a alegação do autuado que cumpriu todas as formalidades legais, pois em 27/02/2012 foi lavrado um Auto de Infração nº 232421.0210/12-2 em que a autuada utilizou o mesmo procedimento do presente Auto de Infração que ora pede para ser julgado improcedente, porem não teve como provar o ilícito fiscal e recolhera a importância de R\$28.916,98 (imposto e multa). Acrescenta que o autuado tentou mudar até a ordem do produto que no DANFE nº 10151 de 15/02/2012 é POLIETILENO COMPOSTO, código do produto 1482 e já no DANFE nº 10246 (autuado e pago) é POLIETILENO COMPOSTO, código do produto 1178. Informa que o valor unitário no DANFE nº 10151 é R\$4,035, NCM 39011091(polietileno de baixa densidade) e já no DANFE nº 10246 de 27/02/2012, reduzindo bruscamente para R\$2,50 e mesmo CFOP da primeira operação que ora pede improcedência, tentando enganar de todas as formas o fisco.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente e o autuado considerado revel e confesso, pois é reincidente e só não fez defesa do Auto de Infração nº 2324210210/12-2 em 27/02/2012, porque não tinha como provar que fabrica polietileno de baixa densidade e na mercadoria existia o código de barras da empresa Braskem como produtora do referido produto.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração de exigência fiscal em decorrência de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias transportadas, constatada pela fiscalização no trânsito de mercadorias. A controvérsia fiscal instalada tem como eixo a identificação da mercadoria que estava sendo transportada no momento que teve início a ação fiscalizadora.

O autuado em sede defesa afirmou que conduzia o produto Composto de Polietileno - 6801N, consoante discriminação constante do Danfe nº 10.151, fl. 07, produzido em seu estabelecimento industrial e obtido mediante processo de transformação (tipo de industrialização elencada no inciso I do art. 4º do Regulamento do IPI – Decreto nº 7.212/2010) e utilizando como insumo o Polietileno de Baixa Densidade adquirido junto à empresa Braskem. Frisou também que a acusação fiscal encontra-se desprovida de elementos de convicção, asseverando que a comprovação inequívoca da pretensão fiscal, ou seja, acusá-lo de que transportava produto diverso do constante no Danfe, somente poderia ser realizada por meio de análise laboratorial em amostra recolhida da carga apreendida. Carreou aos autos comprovação mediante cópias dos livros Registros de Saídas e de

Apuração do ICMS, fls. 52 a 57, que o Danfe em questão fora devidamente registrado em sua escrita fiscal.

O autuante sustentou a acusação assegurando que não encontrou no veículo o produto discriminado no documento emitido pelo autuado. Ressaltou que foi detectado em sua inteireza que a mercadoria não passou por processo de industrialização, pois o produto Polietileno de Baixa Densidade é matéria para produtos plásticos, e não produto da fabricação do autuado, uma vez que em seu CNAE está descrito a atividade de fabricação de material plástico. Ressaltou que o autuado adquiriu com diferimento e revende para fora do Estado como se fosse de sua fabricação sem fazer acompanhar o certificado de análise como é feito nas remessas da Braskem, como por ele verificado por ocasião da lavratura do Auto de Infração nº 232421.0210/12-2, fls. 68 a 75. Asseverou que o autuado deve ser considerado revel e confesso, pois é reincidente, tendo em vista que utilizou o mesmo procedimento constatado na apreensão que fora objeto do aludido AI, no entanto reconheceu e recolhera a exigência fiscal lançada de ofício.

Ao compulsar os autos, com o objetivo precípuo de aquilatar os fundamentos fáticos da controvérsia instalada, constato que a desclassificação do documento fiscal apresentado por ocasião da apreensão da mercadoria deveria ter sido precedida de uma caracterização objetiva e indubitável de sua efetiva composição. Por se tratar de produto químico, incomum e com características não reconhecíveis por mera percepção de suas propriedades organolépticas, resta patente que é impossível a sua identificação inequívoca mediante uma inspeção ou contagem física. A cabal e perfeita identificação do produto é condição basilar e imprescindível para consubstanciar a acusação fiscal de “divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas”.

Logo, resta evidenciado nos autos que sem uma análise qualitativa laboratorial é impossível assegurar de forma inequívoca que o produto apreendido não é o mesmo produto discriminado no Danfe. Assim, afigura-se carcomido o alicerce da acusação fiscal.

Não deve também prosperar a vinculação dos procedimentos adotados pelo autuado em autuação fiscal anterior, como sugeriu o autuante, pois, mesmo que guardem similitudes entre si, e que o autuado tenha nela reconhecido e pago o débito apurado, não há como se aplicar a analogia pretendida sem antes aquilatar com segurança as nuances e tipicidade inerente a cada caso concreto.

Circunstâncias correlatas e precedentes, como arregimentara o autuante, podem contribuir e corroborar, jamais servir de esteio único para erigir a acusação fiscal, sob pena de inquinar de incerteza a determinação da infração cometida.

Convém salientar ainda que o autuante apesar de considerar inidôneo o documento fiscal na forma preconizada art. 209, inciso IV e V do RICMS-BA/97, utilizou, sem explicitar em demonstrativo a origem do procedimento, o preço unitário constante no Danfe da mercadoria apreendida para dimensionar a base de cálculo da exigência fiscal. Ou seja, desclassificou uma parte do conteúdo do documento fiscal inidôneo e utilizou outra, sem os devidos esclarecimentos, gerando também incerteza no *quantum debeatur*.

Em suma, como enunciado acima, o deslinde da questão passa, necessariamente, pela avaliação das provas juntadas aos autos. Assim, desprovida a acusação fiscal de qualquer evidência material que indique com precisão a divergência entre a carga declarada no documento fiscal e a encontrada no momento da ação fiscalizadora, remanesceram patente dúvidas substanciais quanto ao cometimento da infração. Não sendo plausível que, sem lastro probatório, se proceda à autuação.

Conforme dispõe o artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Pelo acima exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Representando à autoridade administrativa, para que se possível, determine, se de sua alçada, ou sugira à inspetoria competente, a realização de uma ação fiscal no estabelecimento do autuado a fim

de que se apure a existência de possíveis irregularidades nas operações com o produto objeto do presente 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 **232421.0209/12-4**, lavrado contra **NORPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA.** Recomenda-se, a critério da autoridade administrativa competente, a realização de novo procedimento fiscal a salvo da falha apontada..

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR