

PROCESSO - A. I. Nº 232421.0031/11-2
RECORRENTE - SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0070-04/12
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 10/10/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0286-11/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR, COM SEGURANÇA, A INFRAÇÃO. Os DANFE's que acobertavam o transporte da mercadoria não podem ser considerados inidôneos em face das divergências descritas no AI e idôneos no que se refere aos valores que registram, para a composição da base de cálculo. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 4ª JJF, constante no Acórdão nº 0070-04/12, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração, lavrado em 14/04/11, para exigir ICMS, no valor de R\$77.487,51, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, em razão de utilização de nota fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal.

Consta na descrição dos fatos que:

Aos doze dias do mês de abril do corrente ano, no exercício regular de minhas funções fiscalizadoras constatei as seguintes irregularidades: 200 (duzentos) MIC PORTATIL NOTEBOOK STI IS 1423G, código produto: AR0445139; 150 (cento e cinqüenta) MIC PORTATIL NOTEBOOK STI IS 1414, código Produto: ASOX2A139; 125 (cento e vinte cinco) Caixas de papelão contendo UNI DIG PROC P/M STI PSS IPMIP-G, Cód. Produto AV 4440B29, TECLADO STI COD PROD. 961025, MOUSE STI Cód. Produto 960064; 10 (dez) MIC PORTATIL NOTEBOOK STI IS 1807HD, Cód. Produto: APOQ4G1319, acompanhado dos Manifestos de Transporte de Carga de emissão da Rapidão Cometa Log e Trans SSA, nº 251202760409/251300560414, emitido em 11/04/2011, às 21:11:28 e 20:38:34 hs respectivamente transportados pelo veículo Scania de placa IPV2024/IPM3109-RS, dirigido por Luiz Cláudio Porto, CNH00141571101, desacompanhados dos documentos fiscais do local da coleta das mercadorias, visto que as mesmas, saíram da empresa INTERMARÍTIMA TERMINAIS LTDA. com Inscrição Estadual nº 64825710, conforme declaração, em anexo, assinada pelo motorista, que confirma a operação com o envio dos DANFES 35123, 35124, 35111, 35112, 35113, 34685, 27890, 27891, 31478, pela SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA, IE 48066718, em anexos, tendo como natureza da operação Remessa p/ Armazém Geral, contrapondo-se, pois não houve a contrapartida, ou seja, a remessa para a SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA LTDA. que nos foi enviada através do DANFE nº 2425, anexo, com data de emissão de 13/04/2011 pela INTERMARITIMA, IE 64825710, discriminando no campo informações complementares os DANFES que foram recebidos no ano de 2010, quando deveria ter emitido até 31/12/2010 ou seja data da Venda dos produtos para fora do Estado realizada pela SEMP TOSHIBA. Por isso confronta-se com os DANFES nº 3993 emitidos em 31/12/2010, 4119 de 31/12/2010, 3998 de 31/12/2010 e com o DANFE 6842 de 31/03/2011, pela SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA LTDA., Insc. Est. 48066718 que não acoberta a operação, visto que estes documentos fiscais apresentados não apresentam os dados necessários das mercadorias transportadas, pois já há mais de (cem) dias emitidos. O DANFE 6842 emitido em 31/03/2011 contendo 10 (dez) NOTEBOOK modelo AUO3451319, STI 1558 não foi encontrada a mercadoria (sem físico) e os lotes nº 010730, 010731, 01739, 012428 das mercadorias não conferem com as transportadas constantes no veículo, conforme verificado IN LOCO. O Manifesto nº 25120760402 mostra que veículo foi lacrado sob nº 6775 e houve troca de lacre nº 2632. Saída de mercadorias de local diverso do constante nos documentos fiscais.

Como prova do ilícito fiscal foi feita a apreensão das mercadorias e dos documentos fiscais, às fls. 05 a 30.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 4^a JJF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 126/131):

Na assentada de julgamento o representante legal do autuado pediu abertura de prazo para se manifestar sobre a informação fiscal sob a alegação de que trazendo fatos novos aduzidos pelo autuante, dela não tomou conhecimento.

Analizando-o, o pedido foi indeferido considerando que todos os fatos alegados como novos pelo representante legal, exceto a informação de anteriores autuações, já estavam contidos nos autos (descrição dos fatos no AI e Termo de Apreensão) e demais documentos autuados (depóimento do motorista – fl. 07; troca de lacres e carimbo de posto fiscal - fl. 15, e citados na descrição do AI e Termo de Apreensão). Ademais, vê-se que tanto os valores autuados, como a infração foram mantidos na forma original. Quanto à citação de outros autos, embora não tendo direta repercussão neste caso, o impugnante não trouxe prova do desconhecimento de suas existências.

Na impugnação, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que na sua elaboração não foram observados os requisitos formais em face da descrição infracional de forma confusa.

Compulsando os autos, vejo que o auto foi lavrado para exigência de ICMS, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA. O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbra inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

No mérito, o Auto de Infração acusa exigência de ICMS por considerar inidôneos DANFE's emitidos pelo estabelecimento autuado, por acobertarem saída de mercadorias de local diverso do constante dos documentos fiscais.

Analizando os elementos contidos no processo, constato:

Conforme Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 05) na abordagem feita pela fiscalização às 12:35 hs do dia 13/04/11 no posto fiscal foram apresentados os DANFE's 3993, 3998, 4119 emitidos em 31/12/10 e o 6842 emitido em 31/03/11 pela Semp Toshiba localizada na BR 324, bairro de Águas Claras, município de Salvador, acobertando vendas das mercadorias objeto da autuação (fls. 93/96);

O motorista declarou por escrito à fiscalização, conforme documento à fl. 7, que efetuou o “carregamento das mercadorias” constantes dos mencionados DANFE's, na “Empresa INTERMARÍTIMA TERMINAIS LTDA, situada na Avenida Periférica, I, Centro Industrial de Aratu (CIA), no município de Simões Filho;

Após a apreensão das mercadorias a INTERMARÍTIMA apresentou à fiscalização o DANFE 2425 emitido em 13/04/11 às 14:47 hs (fl. 20) no qual referencia “Ret. De mercadoria” relativo às notas fiscais de entrada 35123, 35124, 35111, 35112, 35113, 31478, 34685, 27890, 27891, 27890 e 27891, cujas cópias foram acostadas às fls. 22/30, que corresponde a remessas para armazenamento em 30/08/10, 26/10/10, 29/12/10, 31/12/10;

Os DANFE's 3993, 3998, 4119 e 6842 emitidos pelo autuado e que acobertavam as mercadorias transportadas (fls. 93/96) indicam, respectivamente, nos dados adicionais, os pedidos, 929049, 929049, 929051, 8059649 e 929049. Já os DANFE's 35123, 35124, 35111, 35112, 31478, 34685, 27890, 27891, 27890, 27891 e 27890 (fls. 22/30) relativos às remessas para armazenamento na INTERMARÍTIMA constam os pedidos 640961A, 640905A, 637137A, 638876A, devolvidas pelo armazém através do DANFE 2425 (fl. 20) atestando retorno das mercadorias que foram objeto da apreensão. Logo, não há sincronia entre os pedidos das notas fiscais de vendas e das mercadorias que retornaram simbolicamente da armazenagem;

Os DANFE's 3993, 3998 e 4119 emitidos em 31/12/10 pelo autuado, os quais acobertavam as mercadorias transportadas (fls. 93/95) indicam data de vencimento das duplicatas em 01/03/11, data esta anterior ao da apreensão das mercadorias (13/04/11) e também da data da devolução pelo DANFE 2425 (fl. 98), ou seja, antes mesmo da mercadoria ter sido devolvida. Neste caso, entende-se que o adquirente pagou pela mercadoria, há mais de quarenta dias anteriores ao recebimento;

Não foi trazida ao processo a nota fiscal que deveria ter sido emitido pela INTERMARÍTIMA contra os adquirentes das mercadorias (WAL MART e COMPANHIA GLOBAL) comprovando a entrega por conta e ordem da SEMP TOSHIBA, conforme previsto nos arts. 665 (depósito fechado), 671 e 674 (armazém geral) do RICMS/BA;

O livro Registro de Saída de Mecadorias (fl. 111) não indica escrituração das NF-e 3993 e 3998 no mês de dezembro/10. Logo, ao contrário do que foi afirmado na defesa, não foi provado o pagamento do ICMS incidente sobre a operação de venda. Também, não é razoável que uma nota fiscal emitida em um ano não seja lançada no mês da sua emissão ou em período próximo, e ao processo, repito, não foi trazida comprovação da sua pertinente e necessária escrituração.

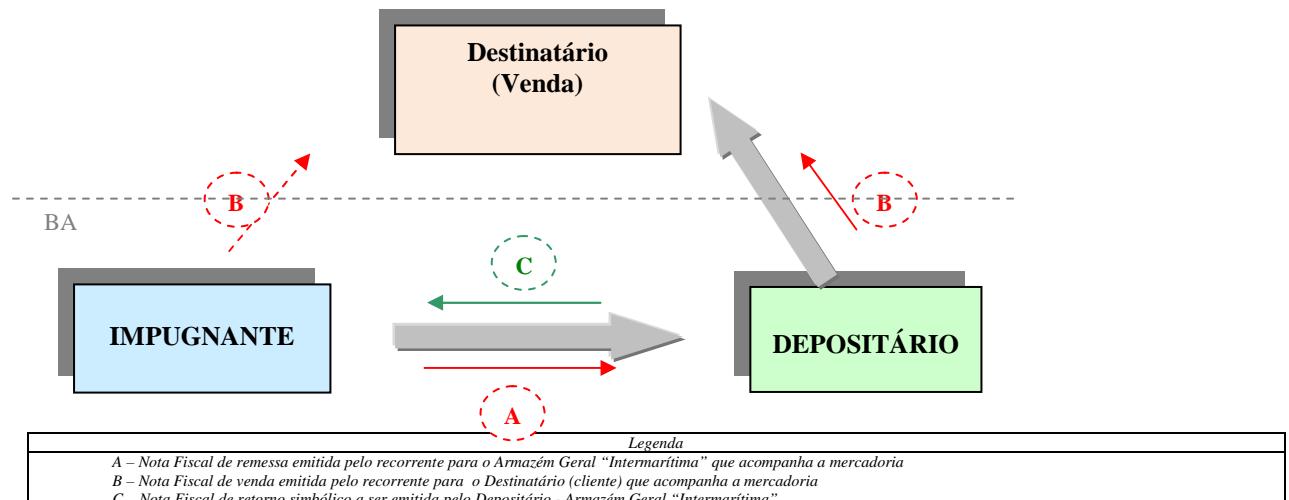
Por tudo que foi exposto e considerando o conjunto das provas (apresentação de notas fiscais para acobertar mercadorias que estavam sendo transportadas com mais de cem dias depois de emitidas; declaração do motorista informando que não carregou as mercadorias no local de origem indicado no documento fiscal; emissão de nota fiscal de devolução simbólica no dia 13/04/11 às 14:47 (fl. 20), momento posterior à apreensão das mercadorias que se deu no dia 13/04/11 às 12:35 (fl. 5); não comprovação da emissão de nota fiscal de entrega das mercadorias por conta e ordem (Armazém para os destinatários); diferença entre os pedidos das mercadorias constante das notas de vendas e às que foram remetidas para armazenamento e vencimento de duplicatas indicadas nos DANFE's de vendas cujas datas de vencimento (01/03/11) são muito anteriores à da entrega das mercadorias (data da ação fiscal em 13/04/11)), com fundamento no art. 209, I, "a" e VI, do RICMS-BA, estou convencido da inidoneidade dos documentos fiscais que acobertavam as mercadorias em trânsito e, consequentemente, elas estavam desacompanhadas de documentos fiscais, razão pela qual correto está o procedimento da fiscalização. Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, repetindo as alegações trazidas em sede de defesa, com o propósito de reformar o Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, para que seja anulado o Auto de Infração, alternativamente, que o mesmo seja julgado improcedente, ou ainda, que a multa seja reduzida.

Suscita nulidade do Auto de Infração, por falta de observação dos requisitos de ordem formal quando da sua emissão haja vista que contém uma descrição fática confusa e a infração capitulada está incompleta. Transcreve o art. 18 do RPAF.

No mérito, alega que as Notas Fiscais que acompanham as mercadorias foram adequadamente emitidas e correspondem aos respectivos locais de circulação destas. Apresenta gráfico para ilustrar como se deu cada operação, bem como o dispositivo legal que embasa cada um dos procedimentos adotados, que copio abaixo:



Explica que remeteu as mercadorias para o Depositário, localizado no mesmo Estado, acompanhadas das Notas Fiscais nºs 27.890, 27.891, 31.478, 34.685, 35.111, 35.112, 35.113, 35.123, 35.124, sem o destaque do ICMS, em consonância com o art. 6º, inciso VI, alínea "a", que copia.

Segue alegando que emitiu Nota Fiscal correspondente à comercialização de mercadorias para os Estados de São Paulo e Minas Gerais, com o destaque do imposto, efetuando o lançamento no livro Registro de Saída, com a incidência do ICMS, à alíquota de 12% (doze por cento), na saída do Estado da Bahia para os Estados mencionados.

Argui que o Depositário remeteu as mercadorias por conta e ordem do recorrente, quando foi efetivada a venda, conforme as Notas Fiscais nºs 3.993, 3.998, 4.119 e 6.842, cujos números de lotes são 010730, 010731, 010739 e 012428, respectivamente.

Sustenta que neste momento, o Depositário emitiu Nota Fiscal de retorno das mercadorias de propriedade do recorrente, citando como exemplo a Nota Fiscal emitida pela Intermarítima nº 2.425.

Assevera que ainda que o Depositário emita a Nota Fiscal de retorno em atraso, em nada macula a operação do recorrente, que está embasada nos documentos já anexados com a defesa.

Desta forma, conclui que não houve saída irregular de mercadorias do Estado da Bahia, nem pelo recorrente, nem pelo Depositário, mesmo com a emissão em atraso da Nota Fiscal de retorno, não deixando de cumprir sua obrigação acessória.

Destaca que a obrigação acessória de emissão da Nota Fiscal de retorno simbólico das mercadorias é do Depositário, no presente caso da Intermarítima, não podendo ser responsabilizada o recorrente pelo cumprimento dessa obrigação.

Diz que solicita a Nota Fiscal de retorno para escrituração no livro de Entrada de forma sincronizada com a operação de venda, mas não é sempre que os Armazéns contratados para depósito das mercadorias enviam na data correta.

Transcreve o art. 72 da Lei nº 6.502/64 que dispõe sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas, bem como cita doutrina para corroborar sua tese de que não agiu com qualquer indício de fraude, pois observou as obrigações legais ao emitir as Notas Fiscais para acompanhamento das mercadorias, destacando o ICMS quando devido e no prazo correto.

Argumenta que não há previsão legal que determine o prazo entre a emissão da Nota Fiscal e a data da efetiva saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, conforme parte do Parecer da GECOT/DITRI nº 15375/2009.

Diz que o intervalo de tempo entre a emissão e saída efetiva da mercadoria constante na Nota Fiscal deve ser norteado dentro da razoabilidade, sendo pertinente a apreciação da particularidade de cada operação.

Ao final, pugna pela redução da multa à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O Representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, em Parecer lavrado às fls. 161/163, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por verificar que não há qualquer sincronia entre os pedidos das notas fiscais de vendas e o das mercadorias que retornaram simbolicamente da armazenagem.

Observa que não há qualquer documento fiscal que comprove documentalmente o retorno das mercadorias do armazém geral, conforme legislação de regência, bem como os DANFEs encaminhados ao suposto Armazém Geral não tem qualquer correspondência com as mercadorias presentes no veículo quando da passagem no posto fiscal.

Com base no argumento do Recorrente da razoabilidade, sustenta que não é razoável que um DANFE seja emitido quatro meses antes da efetiva circulação das mercadorias.

Assevera que mesmo entendido inexistente o dolo, resta claro o erro no preenchimento das NFe, contaminando os DANFEs, sendo imputável normativamente a não idoneidade da documentação, conforme cláusula 4º do ajuste SINIEF 07/05.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS, por acusação de utilização de documento fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal, aduzindo-se na descrição que os DANFE's com remetente Semp Toshiba Informática Ltda., situada na Rodovia BR 324, S/N – Águas Claras, Salvador/BA, foram utilizados para acobertar uma operação que saiu da empresa Intermarítima Terminais Ltda. situada na Av. Periférica I – Centro Industrial de Aratu, Simões Filho/BA.

O fiscal Autuante descreve que foram apresentados à fiscalização ocorrida em 12/04/2011 os DANFE's nºs 3993, 3998, 4119 emitidos em 31/12/10 e o 6842 emitido em 31/03/11 pela Semp Toshiba localizada na BR 324, bairro de Águas Claras, município de Salvador, para acobertar vendas das mercadorias objeto da autuação.

Tendo em vista que o motorista declarou à fiscalização, que efetuou o “carregamento das mercadorias” constantes dos mencionados DANFE’s, na “*Empresa Intermarítima Terminais Ltda., situada na Avenida Periférica, 1, Centro Industrial de Aratu (CIA), no município de Simões Filho*”, o autuante considerou os DANFE’s inidôneos e lavrou o Auto de Infração por utilização de documento fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal, enquadrando a infração no art. 209, inciso IV do RICMS.

No presente caso, o recorrente baseia sua defesa no argumento que remeteu as mercadorias para o depósito acompanhadas das Notas Fiscais nºs 27.890, 27.891, 31.478, 34.685, 35.111, 35.112, 35.113, 35.123, 35.124. Quando foi efetivada a venda, o Depositário remeteu as mercadorias por conta e ordem do recorrente, (Notas Fiscais nºs 3.993, 3.998, 4.119 e 6.842) e neste momento, o Depositário emitiu Nota Fiscal de retorno das mercadorias de propriedade do recorrente, nº 2.425.

Em manifestação na assentada de julgamento o patrono do recorrente sustenta que a operação, tratam-se, na verdade, de venda para entrega futura, esclarece que o destinatário das mercadorias não possui depósito, e por essa razão, as mercadorias foram encaminhadas para o armazém geral – na medida que o destinatário as solicitavam elas saíam do armazém geral em direção ao destino final.

O cerne da imputação é que o autuante considerou as notas fiscais inidôneas por conter divergência do local de saída da mercadoria.

Do quanto exposto, observo um aspecto de ordem fática que deve ser enfrentada preliminarmente: na descrição dos fatos o autuante atesta que conforme verificação “*in loco*” as mercadorias do DANFE 6842 não estavam no caminhão; os lotes nºs 010730, 010731, 01739, 012428 das mercadorias não conferem com as transportadas no veículo e o manifesto nº 251202760402 contém que o veículo foi lacrado sob o nº 6775 e houve troca do lacre para o nº 2632.

Ocorre que no termo de ocorrência fiscal de fl. 05 consta que a relação das mercadorias apreendidas foi uma unidade do processador Notebook Semp Toshiba/UNID DIG PROC P/M STI/TECLADO/MOUSE.

Ademais, no demonstrativo do débito de fl. 03 verifica-se que para composição da base de cálculo foi discriminado uma unidade do referido processador, no montante de R\$645.729,30, totalizando em R\$77.487,51 de imposto a recolher.

Mesmo que o autuante tenha verificado indícios de irregularidade, o procedimento adotado foi equivocado.

Verifico que para a composição da base de cálculo foi feita com a soma dos valores das notas fiscais que foram consideradas inidôneas.

Nesta situação vislumbro óbice à manutenção da exigência fiscal, pois ao descartar a nota fiscal que dava trânsito às mercadorias, classificando-a como inidônea conforme descreve a peça acusatória, os dados mencionados no documento fiscal não podem ser considerados para composição da base de cálculo.

Assim as mercadorias descritas no termo de ocorrência fiscal serviriam de determinação para composição da base de cálculo. Ocorre que lá só contém informação de um processador, em total dissonância com o quanto descrito nos fatos.

Repto que o autuante atesta que as mercadorias elencadas nas notas fiscais não foram encontradas nos caminhões, razão pela qual a cobrança do imposto deveria ocorrer sobre as mercadorias transportadas e não as descritas na nota.

Desse modo, para uma clara e segura formação de base de cálculo do tributo devido, os DANFE’s que acobertavam o transporte da mercadoria não podem ser considerados inidôneos em face das divergências descritas no AI e idôneos no que se refere aos valores que registram.

A acusação se fragiliza ainda mais porque o demonstrativo de fl. 03 só consta um processador com o desproporcional valor de R\$645.729,30.

Tal fato, demonstra, claramente, a insegurança em relação à acusação fiscal, suficiente para nulidade da autuação, na forma do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, *in verbis*:

Art. 18. São nulos:

...
IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Portanto, por tudo acima exposto, entendo que o presente lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232421.0031/11-2**, lavrado contra **SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS