

A. I. Nº - 210586.0243/13-1
AUTUADO - MEGA RECICLAGEM LTDA.
AUTUANTE - CLAUDIA REGINA FERREIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 28. 11. 2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0274-01/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL INIDÔNEA. LOCAL DA SAÍDA DIVERSO DO CONSTANTE NA NF-E. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentos juntados ao processo comprovam que a nota fiscal eletrônica (DANFE) que acobertava a operação era inidônea, pois não se prestava à operação de venda a ordem, conforme a alegação da defesa, de acordo com o art. 340, RICMS/BA-12. Inverossímil a arguição defensiva de que apenas houve irregularidade de natureza formal, na falta da emissão de nota fiscal de simples remessa pela filial autuada de Feira de Santana, posto que nas operações à ordem, a mercadoria está na posse do vendedor, entregue a estabelecimento diverso do adquirente original, por autorização deste. Exigência subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, modelo 4, da fiscalização do trânsito e mercadorias, lavrado contra o autuado para exigir o ICMS no valor de R\$ 10.754,62, acrescido de multa no percentual de 100%, sob a acusação de “utilização de Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal.”

Consta ainda no campo “descrição dos fatos: “DANFE 00264 emitido pela empresa Coronel, 57 Reciclagem Ltda. – RJ destinada a empresa RESIPOL COM. DE RESÍDUOS E POLIMENTOS PLÁSTICOS LTDA – SP, não corresponde com a verdadeira operação. A mercadoria efetivamente carregada em Feira de Santana e enviada pela empresa MEGA RECICLAGEM LTDA – inscrição estadual nº 26.387.680, segundo declaração anexada e assinada pelo próprio motorista Hélio Alves da Conceição, sendo assim, considerou o DANFE mencionado como inidôneo, tendo em vista a saída das mercadorias de local diversos do indicado no documento fiscal”.

O autuado apresenta defesa, fls. 37/44, através de Procurador legalmente constituído com Mandato acostado aos autos, à fl. 45, arguindo, preliminarmente, nulidade do auto de infração, considerando que a autuação deve atender aos dispositivos legais insculpidos na lei instituidora dos tributos, sobretudo na Constituição Federal de 1988 (art. 155, II) e a busca da verdade material, princípio que determina que a autoridade administrativa deve considerar todas as provas, trazendo-as aos autos, quando forem capazes de influenciar na decisão.

Conclui que não houve os esclarecimentos necessários sobre a natureza da imputação fiscal, sobretudo, na determinação da base de cálculo, tendo em vista que o valor no DANFE desconsiderado consta R\$ 63.262,50 e a nota fiscal avulsa emitida pela Secretaria da Fazenda totaliza R\$ 29.042,50, configurando o previsto no inciso II do art. 18, RPAF BA. Cita como exemplo o acordão 0045/99.

Insiste que a legislação diz que deve ser nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos para designar com segurança a infração ou infrator. Destaca, nesse sentido, decisões da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, reiterando a nulidade da autuação por erro da base de cálculo.

No mérito, argui que não há falar em irregularidade na operação visto que se trata de uma operação de venda a ordem, prevista no art. 340 do RICMS/12.

Explica que o remetente na Bahia emitiu o “DANFE 699” com os destaques de imposto devido na operação destinada ao Estado do Rio de Janeiro; diz que o adquirente CORONEL 57 RECICLAGEM LTDA emitiu o DANFE 264 na revenda de mercadoria para outra empresa no Estado de São Paulo, cuja saída posterior dar-se-ia na sede do vendedor, localizada em Feira de Santana. Ressalta que o contribuinte de Feira de Santana não atentou para o fato de que deveria emitir nota fiscal de “remessa simbólica – venda à ordem”. Aduz que tal fato evidencia uma irregularidade de ordem formal a ser exigida penalidade prevista no art. 42 da Lei 7.014/96 (multa de R\$ 50,00).

Conclui pedindo a nulidade do auto de infração ou sua procedência parcial pela conversão da exigência na multa, conforme prevista no art. 157 RPAF/BA.

A Informação Fiscal é prestada, às fls. 61/63, aduzindo que em 22.03.13, percebeu que o motorista Hélio Alves Conceição conduzia uma carga de 22.0000kg de plásticos moído de pet carregado na empresa MEGA RECICLAGEM LTDA. (declaração do condutor, fl. 12) com sede na rua Baneb, bairro CIS – Feira de Santana/BA, transitando pelo posto fiscal João Durval Carneiro, sentido Região Sudeste, acobertado pelo DANFE 0264, emitido por uma empresa do Rio de Janeiro com destino a outra de São Paulo (fl. 06). Lavrado o auto de infração por documento inidôneo, tendo em vista a saída de mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal.

Sintetiza as alegações na defesa do autuado, arguindo, quanto a base de cálculo, que não falta clareza porque o levantamento fiscal foi feito pelo valor total do documento apresentado no Posto Fiscal, no momento da ocorrência (fl. 06); Aduz que a infração é de trânsito irregular de mercadoria no território desse Estado, na forma do art. 40, §§ 1º e 3º da Lei 7.014/96 e que o infrator está identificado na declaração do condutor da carga (fls. 08 e 12), no DAE de pagamento do ICMS sobre o frete (fl. 22), ratificado pela própria defesa (fl. 43).

Argumenta que a alegação de operação de venda à ordem e do DAE nº 6990 (fl. 50), embora emitido na mesma data, não apresenta qualquer vinculação com a referida operação e ainda porque no campo natureza da operação consta “venda” e Código 6101 (fl. 06), não havendo o que falar em venda à ordem.

Com relação à arguição de que caberia apenas a multa formal de R\$ 50,00, afirma que o dispositivo é aplicado quando não existe previsão expressa.

É o relatório

VOTO

Trata-se a presente ação fiscal da exigência do ICMS ao autuado detentor da mercadoria apreendida – 22.000 quilos de plásticos moído de pet, sob a acusação da utilização de nota fiscal com local de saídas das mercadorias divergindo daquele constante no documento fiscal.

Preliminarmente, o autuado alega que ao direito tributário não interessa o formalismo, mas a verdade material; que não houve esclarecimentos necessários sobre a natureza das imputações fiscais e que houve erro na determinação da base de cálculo do imposto exigido.

De fato, a busca da verdade material dos fatos, em oposição a verdade formal, orienta o dever da administração tributária tomar decisão com base nos fatos reais e de carrear aos autos as informações e documentos vinculados à matéria em discussão. No entanto, a verdade material, consistente na busca da realidade dos fatos, cabe a administração fazendária, mas também ao contribuinte, não só alegar e, sobretudo, produzir provas que criem condições de convicção favoráveis à sua pretensão. Cabe, assim, a administração o ônus da prova no ilícito tributário;

entretanto, não conferiu a lei ao contribuinte o poder de se eximir de sua responsabilidade de trazer ao processo os elementos materiais à apreciação objetiva e subjetiva estabelecida na legislação tributária. Não foram detectadas, nos autos, atos ou fato que possam comprometer o princípio da verdade material

Igualmente, não houve erro na determinação da base de cálculo do imposto exigido, uma vez que o preposto do Fisco consignou no lançamento de ofício o mesmo valor dos produtos constantes do documento fiscal que serviu de transporte para as mercadorias apreendidas.

Não tem razão o sujeito passivo na alegação da divergência entre o valor consignado no DANFE (R\$ 63.262,50) e a nota fiscal avulsa emitida pela Secretaria da Fazenda, no valor de R\$ 29.042,50 (!), já que as notas fiscais avulsas de nº 0563092013 e 0563002013 (fls. 25 e 26) somam R\$ 63.262,50.

Nada no presente Auto de Infração o inquia à nulidade.

No mérito, a alegação defensiva é que fez uma operação tipificada como venda a ordem, nos termos do art. 340, RICMS/BA-12, aduzindo que o adquirente emitiu o DANFE 0264, na revenda para mercadoria para empresa no Estado de São Paulo, cuja saída posterior com coleta da mercadoria dar-se-ia da sede localizada em Feira de Santana. Vejamos:

A operação venda à ordem, também conhecida como operação triangular, é a denominação dada à venda cuja mercadoria está na posse do vendedor, devendo ser entregue, por conta e ordem do adquirente a outro estabelecimento da mesma empresa, ou em estabelecimento de terceiros. Este tipo de venda não pode ser confundida com a operação de venda para entrega futura, porquanto, naquela o vendedor se compromete a entregar a mercadoria em certo prazo e nesta, a entrega ocorre no ato da compra.

Em síntese, a venda à ordem pode ser definida como a operação que, antes mesmo de recebê-la do fornecedor, o adquirente promove a sua saída a terceiros. Dessa forma não há necessidade de que a mercadoria transite fisicamente até o estabelecimento que fez a primeira aquisição, para depois ser remetida ao segundo comprador ou destinatário final. Na venda a ordem poderá ser emitida pelo vendedor remetente em favor do adquirente originário Nota Fiscal com indicação de que se destina para Simples Faturamento, vedado o destaque do ICMS.

Não é o que ocorre no caso concreto. Não existe qualquer operação de “venda a ordem” como quer o contribuinte autuado. Nas vendas à ordem, nos termos Convênio ICMS S/Nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87, regra recepcionada pelo RICMS/BA-12, no art. 340, por ocasião da entrega global ou parcelada da mercadoria a terceiro, o adquirente originário deverá emitir nota fiscal com destaque do ICMS, em nome do destinatário das mercadorias, consignando-se, além dos demais requisitos, o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento que irá efetuar a remessa; o vendedor remetente, a seu tempo, emitirá nota fiscal, em nome do destinatário, para acompanhar o transporte das mercadorias, sem valor das mercadorias e sem destaque do ICMS, constando “Remessa por conta e ordem de terceiro”, além de outra nota fiscal em nome do adquirente originário, com destaque do ICMS, como natureza da operação, a expressão “Remessa simbólica - venda à ordem” (fazendo referência à nota fiscal anterior).

Inverossímil a arguição defensiva de que apenas houve irregularidade de natureza formal, na falta da emissão de nota fiscal de simples remessa pela filial autuada de Feira de Santana. Nota-se que nas operações à ordem, a mercadoria está na posse do vendedor, entregue a estabelecimento diverso do adquirente original, por autorização deste.

O DANFE (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica) nº 000264, acostado aos autos, fl. 06, tem como vendedor remetente CORONEL 57 RECICLAGEM LTDA., situado no Rio de Janeiro e adquirente originário RESIPOL COM. DE RESÍDUOS E POLÍMEROS PLÁSTICOS LTDA., situado no Estado de São Paulo e como natureza de operação CFOP 6101 (Venda de produção do estabelecimento), não poderia, de fato, corresponder às mercadorias saídas da MEGA

RECICLAGEM LTDA., objeto o Termo de Ocorrência Fiscal 210586.0243/132-1 (fl. 04) e que fundamentou a presente autuação.

O DANFE (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica) nº 006.990, fl. 50, além de somente ser apresentado no momento da Informação Fiscal, não está relacionado a operação que deu origem a autuação.

Diante das situações retro referenciadas, considero que a ilicitude apontada no Auto de Infração em exame restou devidamente comprovada pelos elementos acostados no PAF que caracterizam a infração imputada ao autuado. Ante o exposto, procedente é a exigência da infração contida na inicial dos autos.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210586.0243/13-1**, lavrado contra **MEGA RECICLAGEM LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 10.754,62**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR