

PROCESSO - A. I. Nº 210586.0243/13-1  
RECORRENTE - MEGA RECICLAGEM LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0274-01/13  
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE  
INTERNET - 25/02/2014

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0014-12/14

**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. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado 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”.

Em primeira instância, os Ilustres Julgadores da 1ª Junta de Julgamento Fiscal concluíram pela Procedência da autuação em razão do seguinte:

*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 à 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 à 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 à 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.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Argui a nulidade da autuação fiscal, pois entende que não foram feitos os esclarecimentos necessários pelo fiscal autuante sobre a natureza das imputações fiscais, sobretudo na determinação do valor da Base Cálculo, tendo em vista que o DANFE, ora desconsiderado, consta um montante de R\$ 63.252,50 e a Nota Fiscal avulsa emitida pela Secretaria da Fazenda totaliza

um valor de R\$ 29.042,50. Entende que o erro na determinação da base de cálculo acarreta preterição ao seu direito de defesa, e suscita a nulidade com base no art. 18, II, do RPAF. Cita decisões proferidas por esta 2<sup>a</sup> CJF e pela 4<sup>a</sup> JJF, as quais concluíram pela nulidade da autuação e, no seu entender, aplicam-se ao presente caso.

Invoca o princípio da verdade material e faz considerações a seu respeito, colacionando doutrina e jurisprudência de outros Tribunais Administrativos.

No mérito, diz que se trata de operação de venda à ordem, prevista no art. 340, do RICMS/2012, que é a venda cuja mercadoria permanece na posse do vendedor e será entregue, por conta e ordem do adquirente, a outro estabelecimento da mesma empresa ou em estabelecimento de terceiros.

Aduz que o vendedor remetente, localizado na Bahia, emitiu o DANFE 699 com os devidos destaques de imposto devidos na operação, tendo como destinatário, empresa localizada no Rio de Janeiro.

Assevera que o adquirente originário, Coronel 57 Reciclagem Ltda., CNPJ 14.064.665/0001-73, localizado no Estado do Rio de Janeiro, cumpriu os requisitos constantes no item 1 do citado artigo ao emitir o DANFE 264 na revenda da mercadoria para outra empresa no Estado de São Paulo, cuja posterior saída com coleta da mercadoria dar-se-ia na sede localizada em Feira de Santana/BA, do vendedor originário, ora impugnante.

Entende que tal fato condiz com a declaração constante nos autos de que a mercadoria foi coletada em Feira de Santana/BA.

Ressalta que o contribuinte de Feira de Santana/BA, de forma involuntária, não atentou para o fato de que deveria emitir uma nota fiscal de “remessa simbólica – venda à ordem”, como natureza da operação.

Argumenta que, apesar das formalidades elencadas no RICMS/12, tal conduta não ocasionou qualquer prejuízo para a Fazenda Pública Estadual da Bahia, uma vez que os lançamentos a débito do ICMS na venda da mercadoria na Bahia foram devidamente escriturados nos livros fiscais próprios e por sua vez recolhidos no prazo legal.

Entende que se trata de uma irregularidade de natureza formal por falta de emissão de nota fiscal numa operação não tributada pelo ICMS, tal situação evidencia com clareza solar, violação ao disposto no inciso XXII, do art. 42 da Lei 7.014/96, onde determina que, seja cobrada uma multa de R\$ 50,00 no caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade expressamente prevista nesta Lei.

## VOTO

Quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo Recorrente, observo que ela não tem qualquer cabimento. Conforme já demonstrado na Decisão de primeira instância, as duas notas fiscais avulsas emitidas, n<sup>os</sup> 0563092013 e 0563002013 (fls. 25 e 26), somam R\$ 63.262,50, que é o valor do produto, cujo imposto exigido do Recorrente. Destarte, não vislumbro qualquer cerceamento de defesa, que justifique a nulidade da atuação e rejeito a preliminar arguida.

Observe-se que a emissão das notas fiscais avulsas decorreu da irregularidade verificada, durante a fiscalização, uma vez que as mercadorias saíram de Feira de Santana/BA e o DANFE informa a venda realizada por um contribuinte localizado no Rio de Janeiro para outra empresa, localizada em São Paulo. Assim, de acordo com o art. 193, IV, do RICMS/2012-BA, foram emitidas as notas fiscais avulsas para regularização do trânsito das mercadorias.

Não há dúvidas de que o suscitado princípio da verdade material deve ser sempre aplicado no processo administrativo fiscal, contudo, não há, no presente caso, qualquer elemento de prova, ainda que indiciário, que corrobore a tese recursal.

Defende o Recorrente que as mercadorias que foram comercializadas em operações de venda à ordem. Contudo, o conjunto probatório constante nos autos não indica, nem mesmo de forma indiciária, a ocorrência de tal operação.

Note-se que não há qualquer identidade entre o DANFE nº 069.990 (fl. 88) e o DANFE nº 000264 (fl. 87), pois tratam de mercadorias diferentes, o primeiro se refere a “*Flake PET – Cristal 3/8*” e “*Flake PET-Azul 3/8*”, enquanto que o segundo trata de “*PLASTICO MOIDO DE PET CRISTAL*” e “*PLASTICO MOIDO PET AZUL*”. Além disso, os valores constantes nos dois DANFEs são totalmente diferentes, R\$ 1.320,00, no de nº 069.990 e R\$ 63.262,50, no de nº 000264.

Face ao exposto, diante das provas constantes nos autos, não vislumbro qualquer indício favorável à tese do Recorrente de que se tratam de operações de venda à ordem, por conseguinte, não encontro razões para modificar a Decisão recorrida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210586.0243/13-1**, lavrado contra **MEGA RECICLAGEM LTDA**, devendo ser intimado o recorrente 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, 10 de fevereiro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO - REPR. DA PGE/PROFIS