

A. I. Nº - 213080.0058/14-2
AUTUADO - BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 21. 11. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0238-01/14

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas operações de venda a ordem, as notas fiscais emitidas por ocasião da entrega da mercadoria a terceiro, pelo vendedor remetente (autuado) em nome do destinatário, “Remessa por conta e ordem de terceiro” não têm destaque do ICMS. Operação prevista no Convênio S/Nº, de 15/12/70, Ajuste SINIEF 01/87, recepcionado no art. 340 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12. Operações interestadual, que falece ao Estado da Bahia competência para exigir imposto. Infração descaracterizada. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado na fiscalização do trânsito de mercadorias, em 01/07/2014, no valor de R\$14.270,04, acrescido da multa de 60%, consignando a seguinte imputação: “*Operação com mercadorias tributadas caracterizada como não tributada*”.

Consta no campo descrição dos fatos: “*Operação tributada como não tributada. Contribuinte declara suspensão do imposto em remessa interestadual sem amparo legal. Art. 279 do Decreto 13.780/12 (DANFES nº 115546 e "115546")*”.

Foi apresentada defesa (fls. 20/37), subscrita por advogado, com procuração e substabelecimentos nos autos (fls. 61/44). Declara a autuada que é pessoa jurídica de direito privado, com CNPJ/MF nº 61.091.906/0035-00 e localizada em Sorocaba, no Estado de São Paulo.

Relata os fatos, alcançados pelo Auto de Infração, que teria cometido operação tributada como não tributada, ao declarar a suspensão do imposto, em remessa interestadual sem amparo legal no art. 279 do Decreto 13780/2012 e através dos DANFES nºs 115546 e 115546.

Preliminarmente, alega a existência de ilegitimidade passiva, uma vez que as notas fiscais, mencionadas no Auto de Infração, foram faturadas por estabelecimento diverso, perguntando: como pode responder por autuação da qual não deu causa?

Diz que também na autuação houve ofensa ao art. 39, III do Decreto 7.629/1999, observando que o Auto de Infração em comento não está descrito de forma clara, pois o mesmo faz menção a mercadorias que sequer constam nas notas fiscais que serviram de base para a autuação. Explica que no auto consta "mercadoria - painéis, chapas, ladrilhos, blocos e semelhantes; Marca/Modelo – Alucoat C05 1500x5x4 CHP 432-2 e 1500x5x4 CZACLR410. Entretanto, na nota fiscal descrita no auto, consta a seguinte informação: 1 ACM 05 1270X5X4 CHA MELEO N SPEC HC9068 ALUCO.

Argumenta que a base de cálculo para a autuação foi o montante de R\$142.700,37, mas, ao consultar o documento fiscal nº 115546, descrito no auto, verificou que o total da nota fiscal corresponde ao

montante de R\$1.722,12. Concluiu que não está podendo exercer de forma plena o seu direito ao contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV, CF 88).

Discorre sobre tais princípios constitucionais. Cita a doutrina, a jurisprudência. Requer que o Auto de Infração seja cancelado na totalidade.

No mérito, alega que o Auto de Infração foi lavrado em virtude de não ter destacado o crédito tributário de ICMS referente à operação de remessa para industrialização por conta e ordem de terceiros indicada no documento fiscal nº 115546. Diz que seu procedimento tem respaldo no art. 281, "c" do RICMS/BA, que destaca. Alega também que no mérito não pode prosperar a exigência porque o valor constante na nota fiscal é R\$1.722,12, enquanto a base de cálculo indicada na autuação, R\$ 142.700,37.

Argui sobre o caráter de Confisco na multa aplicada, nos termos do art. 150, IV, CF 88, consignando a posição da doutrina, da jurisprudência, concluindo com a posição de Humberto Ávila para quem "a multa de mora, de tão elevada, pode facilmente restringir de modo excessivo a liberdade de exercício de atividade econômica e a propriedade, na medida em que, pela mera impontualidade, obriga o contribuinte a pagar mais 60% do valor do tributo, cerceando a organização e direção da empresa pela captura de capital de giro que lhe são essenciais" (AVILA, Humberto. Multa de Mora: Exames de Razoabilidade, Proporcionalidade e Excessividade), além do STF no RE n 239 964/RS (DJU 09 05 03. Rel. Min. Ellen Grace).

Pede a redução da multa para o percentual de 20%.

Discorre igualmente sobre o princípio da verdade material, aduzindo que é de rigor concluir que não pode ser exigido o crédito tributário constante no auto, sobretudo porque a Autuada agiu de acordo com o disposto no RICMS/BA.

Protesta pela produção de provas que se fizerem necessárias para o deslinde da presente questão, pelo alongamento do prazo exíguo de 30 (trinta) dias, se necessário, reiterando a declaração de nulidade do auto de infração ou da sua improcedência.

Foi prestada informação fiscal, apensada às fls. 58/61.

A Agente Fiscal designada informa que não foi atendido o constante no artigo 279 do Decreto 13.780/12; que as alegações defensivas não guardam conformidade e não existe amparo legal para a sua alegação de ilegitimidade passiva. Diz que a pretensão da defesa está amparada na legislação interna do Estado de São Paulo, conforme consta no DANFE que circulava (fl. 07).

Afirma que as alegações da defesa são inexistentes e que a ação fiscal é perfeita e cristalina; fato comprovado, através de cópias dos referidos documentos anexadas ao processo. Diz que também não houve cerceamento do direito de defesa e que não houve erro no procedimento fiscal. Os fatos e a base de calculo apresentados encontram-se perfeitos na peça vestibular do presente PAF, além dos dispositivos regulamentares cabíveis.

Diz que a alíquota e a multa foram aplicadas de acordo com a Lei 7.014/96. Pede a manutenção do presente PAF, em sua inteireza.

É o relatório.

VOTO

O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação da existência de operação com mercadorias tributadas caracterizada como não tributada, em face da declaração de suspensão do imposto em remessa interestadual sem amparo no art. 279 do Decreto 13.780/12, no valor que totaliza R\$14.270,04

Preliminarmente, nas razões, o impugnante arguiu a sua ilegitimidade do polo passivo da relação tributária, aduzindo que não pode responder por autuação que não deu causa; que o Auto de Infração não está descrito de forma clara, fazendo menção a mercadoria que não consta nas notas

fiscais que serviram de base para a autuação, em ofensa ao art. 39, III do Decreto 7.629/1999 e que o defeito na base de cálculo da autuação o impediu de exercer plenamente o direito à defesa e ao contraditório (artigo 5º, LV, CF 88).

Formalmente, o direito não assiste ao autuado, não existindo mácula no processo administrativo fiscal - PAF, em debate, que o conduza à nulidade, cerceamento ao direito de defesa ampla do autuado, nos termos do art. 18 do RPAF/BA (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99) ou ainda ausência de quaisquer elementos imprescindíveis à lavratura do Auto de Infração (art. 39, RPAF/BA). Os produtos apreendidos, descritos no termo que materializa a infração, constam dos DANFE,s - documentos auxiliar da nota fiscal eletrônica - nº 115.546 e 3.198 (fls. 07 e 08).

Quanto ao questionamento de ilegitimidade passiva, verifico que, de fato, uma das notas fiscais, nº 115.546 (fl. 08), foi emitida por estabelecimento da mesma empresa, mas diverso daquele apontado no Termo de Apreensão (CNPJ nº 61.091.906/0001-53) e deveria ser excluída da exigência fiscal. Constatado, outrossim, que a agente fiscal elaborou demonstrativo de débito (base de cálculo) consignando os valores das duas notas fiscais retro referidas, que somam R\$142.700,37 e não apenas o valor daquela, R\$ 1.722,12, como racionaliza o impugnante.

O fato de ter sido consignado, no campo "descrição dos fatos", apenas uma das notas fiscais que serviram à autuação, não configurou qualquer lesão ou cerceamento a direitos do contribuinte, considerando que foram juntados ao processo administrativo fiscal - PAF, cópias dos DANFE,s relacionadas aos documentos constantes na base de cálculo da exigência, assegurando a prevalência da cláusula do "*due process of law*".

No mérito, a alegação da defesa é que a operação de remessa para industrialização por conta e ordem de terceiros seguiu procedimento com respaldo no art. 281, "c" do RICMS/BA e que a exigência não pode prosperar em face da diferença constante na nota fiscal (R\$1.722,12) e a base de cálculo indicada na autuação, R\$ 142.700,37.

Examinando os fatos, as peças processuais acostadas e a legislação de regência, a operação aqui tratada, não se refere, a rigor, de remessa para industrialização por conta e ordem de terceiros, com respaldo no art. 279 do RICMS/BA, conforme considerou o Fisco e assim também entendeu o contribuinte autuado.

A partir das notas fiscais eletrônicas, representadas pelos DANFE,s nº 115.546 e 3.198 (fls. 07 e 08), percebe-se que o autuado remete, através de dois de seus estabelecimentos, localizados no Estado de São Paulo, peças descritas como ALUCOAT C05 1500x5x4 CHP 432-2; ALUCOAT C03 1500x5x4 CZA CLR 410 e LACM 05 1270x5x4 CHA MELEON SPEC HC9068 A LUCO, de propriedade de VMSS Empreendimentos Imobiliário SPE S/A (CNPJ 09.231.462/0004-37) e para ser entregues no endereço de seu cliente Pinto & Bordo Produtos e Serviços de Comunicação Visual Ltda. (CNPJ 09.222.240/0001-05), ambos situados no Estado da Bahia.

Tal operação identifica uma venda à ordem, e as notas fiscais supra referidas emitidas por ocasião da entrega da mercadoria a terceiro, pelo vendedor remetente (autuado) em nome do destinatário, para acompanhar o transporte das mercadorias, sem destaque do ICMS. Como natureza da operação deveria constar a expressão "Remessa por conta e ordem de terceiro" e fazendo referência à nota fiscal anterior, com destaque do ICMS, em nome do destinatário da mercadoria. Tal operação está prevista no Convênio S/Nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87. Dispositivo recepcionado no art. 340 do atual Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 13.780/12.

Consta no corpo das aludidas notas fiscais, emitidas para fins de transporte das mercadorias, as respectivas notas fiscais (nº 115.545 e 3.197, também emitidas pelo vendedor remetente em nome do adquirente originário, que deve conter o destaque do ICMS relativo à operação.

Diante de tais pressupostos, não obstante a ausência dos DANFE,s relativos às notas fiscais eletrônicas 3197 e 115.545, para que se pudesse conferir os dados, o destaque do imposto atinentes

às aquisições dos produtos, posteriormente transportados e objeto da lide, não vejo correção na exigência do imposto, como é a pretensão fiscal. O retorno ou ingresso de tais bens, no território do Estado da Bahia deve ocorrer, efetivamente, sem destaque do imposto. Em tais operações, quem poderá exigí-lo será o Estado de São Paulo.

Em face à exposição retro referenciada e a legislação do ICMS do Estado da Bahia, a autuação manejada pela fiscalização no trânsito de mercadorias não logra êxito e resta descaracterizada e o Auto de Infração é improcedente.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** Auto de Infração nº 213080.0058/14-2, lavrado contra **BELMETAL INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2014.

RUBENS MUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR