

A. I. N° - 217449.0080/17-1
AUTUADO - CENTELHA EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14.02.2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0039-06/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL ELETRÔNICA. REUTILIZAÇÃO. INIDONEIDADE. Para o arbitramento da base de cálculo, no caso de mercadoria em trânsito desacompanhada de documentos fiscais inidôneos, deve a fiscalização, obrigatoriamente, adotar uma das metodologias estabelecidas no artigo 22, inciso V, alínea “b”, itens 1 ou 2 da Lei nº 7.014/96, ou seja: o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual de margem de lucro correspondente, fixado em regulamento; ou o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência. No presente caso, inexiste qualquer memorial ou demonstrativo atinente ao arbitramento da base de cálculo apurada pela fiscalização, na forma determinada pela Lei nº 7.014/96.

Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 14/12/2017, exige ICMS no valor histórico de R\$21.716,64, mais multa de 100%, imputando ao autuado a seguinte irregularidade:

Infração 01 – 53.01.01: Divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física.

Consta na descrição dos fatos:

“Aos dias, mês e hora do ano em curso, no exercício regular das funções fiscalizadoras, constatamos a irregularidade no veículo placa OUY1653, que transportava as mercadorias constante do DANFE chaves 29170706913480000400550010000311531911360501”.

“Apresentando as seguintes irregularidades”:

“DANFE nº 31153 emitido em 28/07/2017 pela própria autuada sem nenhum evento de registro de saída”.

“Verificação física das mercadorias constatamos que foram fabricas, no mês 08/2017;09/2017; 10/2017, todos fabricados posteriores `a documentação fiscal”.

“Encontramos também luminária com referência CLY A303LK50 diversa da constante da documentação fiscal”.

“Sendo o DANFE considerado inidôneo emitido em 28/07/2017 por ser utilizado para acobertar uma nova operação de mercadorias em 14/12/2017 com mercadorias diversas da documentação fiscal conforme data de fabricação”.

“E, como prova do ilícito fiscal foi feita a apreensão das mercadorias e da documentação fiscal”.

O autuado, através de seus advogados, ingressa com defesa às fls. 17/28, inicialmente narrando os fatos referentes à acusação fiscal com a respectiva capitulação legal, além de enfatizar a tempestividade da impugnação apresentada.

Em seguida aduz que em que pese a fundamentação contida no Auto de Infração, inexiste previsão legal que ratifique a acusação fiscal.

Alega que inexiste previsão legal que obrigue os contribuintes a vincular as mercadorias relacionadas no documento fiscal com suas respectivas datas de fabricação ou que as mercadorias ali relacionadas tenham data de fabricação anterior à sua emissão.

Transcreve o artigo 113, § 2º, do CTN com o fim de ratificar seu entendimento de que inexistindo norma legal que determine uma prestação por parte do contribuinte, não poderá a Autoridade Fiscal arbitrariamente determinar tal cumprimento.

Traz a colação o artigo 149, Inciso IV, também do CTN, asseverando que, no presente caso, em nenhum momento a Autoridade Fiscal comprovou que a Impugnante cometeu qualquer um dos elementos previstos no referido artigo que dariam causa à lavratura do Auto de Infração (falsidade, erro ou omissão).

Destaca que, pelo contrário, a Impugnante respeitou todas as obrigações, principal e acessórias, a que era obrigada, na medida que emitiu a nota fiscal (devidamente registrada nos livros Fiscais e Contábeis), o ICMS incidente na operação já havia sido recolhido pelo fabricante das mercadorias, uma vez que sujeitos à sistemática da Substituição Tributária, e o pagamento foi realizado pela destinatária (empresa Formitex da Bahia Indústria e Comércio Ltda.).

Quanto ao item que a fiscalização apontou que na Nota Fiscal tinha o “Código de Referência” diferente do constante no documento fiscal, explica que todos os itens relacionados no mencionado documento possuem a mesma Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM/SH nº 94051093), além do mesmo Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP nº 5.102), conforme tabela que apresenta e é reproduzida abaixo:

DADOS DOS PRODUTOS / SERVICOS		NCM / SH	CST	CFOP
CÓDIGO	DESCRIÇÃO PRODUTO / SERVIÇO			
514.0006.714	LUMINARIA IND LED 32 W ARAND 90GR CLYA903LK50Trib aprox R\$: 295,50 Federal e 675,00 Estadual Fonte: IBPT/empresometro.co M2L5P8. Refer: CLYA903LK50	94051093	040	5102
514.0007.714	LUMINARIA IND LED 55 W ARAND 30GR CLYA305LK50Trib aprox R\$: 3.813,84 Federal e 8.711,82 Estadual Fonte: IBPT/empresometro.co M2L5P8. Refer: CLYA305LK50	94051093	040	5102
514.0008.714	LUMINARIA IND LED 64 W ARAND 30GR CLYA307LK50Trib aprox R\$: 2.617,34 Federal e 5.978,70 Estadual Fonte: IBPT/empresometro.co M2L5P8. Refer: CLYA307LK50	94051093	040	5102
514.0009.714	LUMINARIA IND LED 86 W ARAND 30GR CLYA309LK50Trib aprox R\$: 655,62 Federal e 1.497,60 Estadual Fonte: IBPT/empresometro.co M2L5P8. Refer: CLYA309LK50	94051093	040	5102
514.0010.714	LUMINARIA IND LED 52W ARAND 90GR CLYA905LK50Trib aprox R\$: 605,18 Federal e 1.382,40 Estadual Fonte: IBPT/empresometro.co M2L5P8. Refer: CLYA905LK50	94051093	040	5102
514.0011.714	LUMINARIA IND LED 52W POSTE 30GR TGVP/IP-66 CLYSP35LK50Trib aprox R\$: 1.517,69 Federal e 3.466,80 Estadual Fonte: IBPT/empresometro.co M2L5P8. Refer: CLYSP35LK50	94051093	040	5102

Ratifica que são mercadorias de mesma natureza, que apenas se diferenciam por características técnicas irrelevantes à tributação, e que o equívoco constatado pela Fiscalização se deve à mudança do “Código de Referência” realizado pela empresa fornecedora da Impugnante, que ocorreu devido à nova codificação internacional da respectiva mercadoria, conforme documento que informa anexar à fl. 55.

Frisa que a referida mudança do “Código de Referência” não importa em alteração da mercadoria, e que caso haja alguma inconsistência entre a Nota Fiscal emitida e as mercadorias transportadas, tal equívoco não importará em prejuízo ao Erário Estadual, uma vez que todas as mercadorias foram tributadas normalmente.

Cita a capitulação legal constante no Auto de Infração, entendendo que o artigo 318, § 3º, do RICMS/BA, viola frontalmente o Princípio da Não Cumulatividade previsto no Artigo 155, § 2º, Inciso I, da CF. Explica que esse entendimento é em virtude do referido dispositivo do RICMS

determinar que no caso de transporte de mercadorias acompanhadas de documento fiscal declarado inidôneo, o ICMS será exigido pelo seu total, sem qualquer dedução.

Enfatiza que as mercadorias relacionadas na Nota Fiscal estão sujeitas à sistemática da Substituição Tributária do ICMS, ou seja, o imposto incidente na operação já havia sido recolhido anteriormente por seu fabricante ao Estado da Bahia.

Destaca que a exigência do recolhimento do ICMS pelo seu total, sem qualquer dedução viola frontalmente o Princípio da Não Cumulatividade, nos temos do Artigo 155, § 2º, Inciso I, da CF.

Acrescenta que a exigência mais de uma vez de imposto já devidamente recolhido, pelo mesmo Ente Político e sobre o mesmo fato gerador acarretará em bis in idem, que é vedado pela Constituição Federal.

Solicita a improcedência da exigência contida na autuação fiscal, e o consequente cancelamento do Auto de Infração.

Por fim, requer que todas as intimações relativas ao presente feito, realizadas via Diário Oficial, sejam expedidas exclusivamente em nome de Laurindo Leite Júnior, inscrito nos quadros da OAB/SP sob nº 173.229 e Leandro Martinho Leite, inscrito nos quadros da OAB/SP sob nº 174.082, ficando ressalvada a possibilidade de intimação pessoal dos demais advogados substabelecidos, sob pena de nulidade.

O autuante presta informação fiscal às fls. 61/64, inicialmente contestando a alegação de nulidade por parte do autuado. Enfatiza que na presente ação fiscal não houve nenhuma violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Acrescenta que o autuado foi devidamente cientificado através de seu representante legal, lhe sendo deferido o requerimento de Fiel Depositário.

Explica que a NF-e é disciplinada pelo Protocolo ICMS 10/07 e suas alterações, Ajuste do SINIEF e Atos COTEPE, e que neles estão contidos todos os requisitos e obrigatoriedades para emissão, circulação e cumprimento de obrigações principal e acessória da NF-e e do DANFE.

Explica que o DANFE - Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica é de emissão obrigatória e deve acompanhar as mercadorias no trânsito, e serve para indicar qual a nota fiscal eletrônica se refere àquela mercadoria em trânsito.

Assevera que a placa do veículo transportador é uma obrigatoriedade que deve constar no documento fiscal da mercadoria, previsto no Ajuste do SINIEF, vinculando o veículo transportador ao Documento Fiscal, e que tem como objetivo coibir a prática ilícita de utilizar documentos fiscais de um veículo em outras operações com veículos diversos.

Diz que a alegação da autuada que a ação fiscal foi feita apenas por presunção não se faz verdadeira, pois toda a ação foi feita dentro dos limites legais e a irregularidade tem como prova material o DANFE emitido em 28/07/2017, acobertando uma nova operação em 14/12/2017, apresentando mercadorias fabricadas em meses posteriores a emissão do mesmo.

Destaca que o Ajuste SINIEF 07/05 na sua Cláusula Quarta, § 2º, combinada com o § 1º, disciplina que: não será considerado idôneo o documento fiscal que tiver sido emitido ou utilizado com dolo, fraude, simulação ou erro, que possibilite, mesmo que a terceiro, o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem indevida.

Salienta que havendo mudança de transportador ou uma nova saída após a data de emissão, para os documentos continuarem com a sua validade jurídica é necessário que seja efetuado o evento de Registro de Saída, conforme disciplina o Ajuste do SINIEF 07/05. Frisa que a inexistência de tais eventos torna o documento imprestável para acobertar a operação de mercadorias pela perda da sua validade jurídica pelos não atendimentos às exigências regulamentares.

Afirma que a placa do veículo transportador não consta no XML da NF-e, o qual o DANFE está vinculado, não ocorrendo o evento necessário para validar a operação. Ressalta que é obrigatória a informação da placa do veículo transportador para vinculá-lo ao documento.

Apresenta mais informações sobre o Registro de Saída, dizendo que este só será válido após a cientificação de seu resultado. Enfatiza que na presente ação fiscal foi constatado que o DANFE não possui a placa do veículo transportador, e que apresenta data de emissão de 28/07/2017, sem a respectiva data de saída. Considera que o referido documento estava acobertando uma nova operação em 14/12/2017 (aproximadamente 134 dias após a emissão do DANFE).

Ratifica que o fato das datas de fabricação das mercadorias serem de meses posteriores à emissão do DANFE, é prova irrefutável da irregularidade da operação.

Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

A imputação fiscal diz respeito à divergência entre o documento fiscal e as mercadorias encontradas na contagem física, fato verificado pela fiscalização de mercadorias em trânsito.

O autuado foi acusado de dar trânsito a mercadorias com nota fiscal inidônea, em razão de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatadas durante a contagem física.

Foi complementado na descrição dos fatos do Auto de Infração que o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE, que acompanhava as mercadorias, foi considerado inidôneo, visto que os produtos ali descritos foram fabricados em data posterior à emissão da Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, havia um item não constante no referido documento, além de que o mesmo foi emitido em 28/07/2017, sem registrar a data de saída, e acobertava operação em 14/12/2017.

Verifico que foi exigido o pagamento do tributo do responsável pelas mercadorias no momento da ocorrência do fato, desde quando se encontrava de posse de mercadorias acobertadas por documentação fiscal considerada inidônea, no caso, o transportador, que coincide com o remetente. Trata-se de diversas lâmpadas elétricas, reatores e sartes, cuja saída se deu de Lauro de Freitas-Ba, com destino a Candeias-Ba, em trânsito pelo Posto Fiscal Honorato Viana, onde ocorreu a apreensão.

Sabe-se que a Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, é um documento de existência apenas digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou uma prestação de serviços, ocorrida entre as partes. A sua implementação obrigatória, objetiva, entre outras situações, a simplificação dos processos de fiscalização realizados nos postos fiscais, na verificação das mercadorias em trânsito, reduzindo o tempo de parada dos veículos de cargas nestas unidades de fiscalização. A validade jurídica da NF-e é garantida pela assinatura digital do emitente, e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 07/05).

A priori, verifico que apesar do autuante ter considerado o documento fiscal inidôneo, não há nos autos qualquer demonstração de como foi obtida a base de cálculo do imposto devido.

Nessas circunstâncias, o autuante deveria ter adotado o critério fixado pela Lei nº 7.014/96 para determinar a base de cálculo do imposto, no caso de mercadorias em trânsito desacobertadas de documentação fiscal:

“Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:

V - na fiscalização do trânsito:

b) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:

1 - o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual de margem de lucro correspondente, fixado em regulamento; ou

2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;”

De acordo com a Súmula nº 1 deste Conselho, é nulo o Auto de Infração que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Dessa forma, não há necessidade de entrar no mérito da autuação, sendo que a repartição fiscal examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, consoante determina o art. 18, IV, “a” do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 217449.0080/17-1, lavrado contra **CENTELHA EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2018.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

PAULO DANILÓ REIS LOPES – JULGADOR