

N. F. - Nº 210587.0050/17-4
NOTIFICADO - WHITE FILM IND. COM. IMP. EXP. DE FILMES LTDA.
NOTIFICANTE - IVAN RODRIGUES DE SOUZA
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29.10.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0187-02/19NF

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. REUTILIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. NULIDADE. O lançamento tributário não contém elementos suficientes para caracterizar com segurança a infração. Inexiste nos autos certeza e liquidez do lançamento por não constar elementos que caracterizem inequivocamente o cometimento da infração imputada, ou seja, a inidoneidade por reutilização da documentação fiscal que acobertava a circulação das mercadorias apreendidas. Também não foi demonstrada a ocorrência que caracterize infração no trânsito das mercadorias que saíam do Estado da Bahia no Posto fiscal de fronteira. O imposto, se devido, não caberia ao Estado da Bahia a sua cobrança, por inexistência de sujeição ativa neste caso. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal foi lavrada em 15/05/2017, e exige o ICMS no valor de R\$16.438,10, acrescido da multa de 100%, pelo cometimento da infração – **53.01.16** – Utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação.

Consta na descrição dos fatos que *“Aos dias do mês e do ano corrente, no exercício reguar das funções fiscalizadoras, constatai que o contribuinte fez uso de reutilização das Notas Fiscais: 8294 chave de acesso 35170408353550000104550010000082941515900291; 8247 chave 35170408353550000104550010000082471044626071; 8266 chave 35170408353550000104550010000082661578353820. Inicialmente a empresa não emitiu o DAMDFE, depois verifiquei que as mesmas estavam com certo atraso entre 15 e 26 dias de acordo com a data de emissão, diante dos indícios resolvi fazer conferência física das mercadorias, verifiquei que a data contida nas etiquetas de controle de fabricação é posterior as datas de emissão das referidas Notas Fiscais, conforme fotos realizadas diante dos trabalhos. E como prova do ilícito, notifico-o e apreendo as mercadorias e a documentação fiscal conforme anexo. Motorista Marcio Lemos Braga, caminhão placa MUM 8481.”*

Anexo aos autos, consta o TERMO DE OCORRÊNCIA FISCAL 210587.1009/17-8, lavrado em 15/05/2017, cuja descrição dos fatos repete as informações do mesmo campo da notificação fiscal, cópias dos DANFES nº 008.247, 008.226, 008.294, DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO, MANDADO DE NOTIFICAÇÃO do Juízo de Direito de 1ª Vara Cível da Comarca de Paulo Afonso, notificando o Delegado da Receita Estadual a prestar informações sobre o pedido de liminar constante no Mandado de Segurança acerca da notificação fiscal, instrumento dirigido ao Juiz de Direito da Fazenda Pública da Comarca de Paulo Afonso, impetrando o mandado de Segurança contra a Secretaria da Fazenda com o objetivo de liberação das mercadorias apreendidas.

Também foram apensadas às fl. 32 a 35, cópia da informação prestada ao Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Paulo Afonso pela Supervisora da IFMT-Norte.

No citado documento, a autoridade fazendária na descrição dos fatos, relata que a empresa

notificada transportava 12.693 Kg de Filme de Pé, através do veículo de placa MUM8481 apresentando no Posto Fiscal Heráclito Barreto os DANFES de números 8.294, 8.247 e 8.266, emitidos por empresa localizada no Estado de São Paulo com destino ao Estado de Pernambuco.

Continua, relatando que os referidos DANFES, emitidos em 27/04/2017, foram utilizados para acobertar o transito das mercadorias em 15/05/2017, sem constar a data de saída, tampouco a identificação do transportador, situação que a legislação permite considerar a data de saída, a data de emissão da nota fiscal.

Esclarece que a saída das mercadorias deveria ter ocorrido na data de emissão da nota fiscal, caso não ocorresse, deveria o documento fiscal ser cancelado.

Constatado o intervalo entre a data de emissão da nota fiscal, o transito das mercadorias e a passagem no posto fiscal, presumiu-se o seu uso em mais de uma operação. Enfatizou que as mercadorias foram fabricadas após a emissão das notas fiscais, fato que entende caracterizar a reutilização do documento fiscal.

Complementa que, constatada a inidoneidade dos documentos fiscais, foi lavrada a presente notificação fiscal para exigir o imposto, por ser considerada a situação irregular das mercadorias e, por conseguinte, a ocorrência do fato gerador do imposto no local, no caso específico, na Bahia.

Reproduz trechos do Ajuste SINIEF 07/05, ATO COTEP 33/08 a os artigos 2º, 6º, 13, 42 e 44 da Lei nº 7.014/96, além do art. 318, §3º do Decreto nº 13.780/2012, assim como o art. 11 da lei Complementar nº 87/96.

Às fls. 43 e 44, consta cópia do Mandado de Notificação do Juiz de Direto da 1ª Vara Cível da Comarca de Paulo Afonso, determinando a liberação das mercadorias, ordem que foi cumprida em 14/06/2017, conforme Termo de Liberação, fl. 45.

O notificado, às fls. 48 a 72, impugna o lançamento onde inicialmente registra a tempestividade da peça defensiva, faz breve síntese dos fatos, relatando que o veículo transportador das mercadorias partiu de Mairiporã-SP com destino a cidade de Jaboatão dos Guararapes-PE em 19/04/2017.

Relata que não se encontrava, em posse do motorista, o Conhecimento de Carga, referente ao transporte, entretanto, sendo questionado no Posto Fiscal em Paulo Afonso, o mesmo solicitou da empresa emitente da nota fiscal a remessa do documento, sendo atendido.

Prossegue, afirmando as mercadorias foram apreendidas no posto fiscal, não foi fornecida cópia da notificação, sendo apresentado o documento de arrecadação para quitação do imposto e multa que entende confiscatória.

Registra que, perante os atos abusivos praticados pelo fisco, e o desrespeito a Súmula 323 do STF, pleiteou junto ao judiciário a liberação das mercadorias.

Assevera que relativamente às mercadorias apenas transitando pelo Estado da Bahia, partindo de São Paulo para Pernambuco, não cabe a exigência do ICMS pela Bahia, pois, entende não está, este estado, autorizado a cobrança do imposto.

Afirma que recolheu o ICMS devido ao Estado de São Paulo, sendo assim a cobrança pela Bahia indevida e se caracteriza *bis in idem*. Sobre a qual faz breve explanação.

Defende seu direito à ampla defesa, sendo compelida a arcar com custos por cerceamento de defesa por simples presunção de culpa pela autoridade fiscal.

Transcreve excertos de julgamentos corroborando com as suas alegações.

Refere-se a diversos dispositivos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia e registra que o ato praticado contra a empresa foi arbitrário com a retenção da carga, impedindo o transporte das mercadorias.

Diz que o documento fiscal é válido e explica que o lapso temporal entre a data de emissão da nota fiscal e a passagem pelo posto fiscal, deu-se em função do veículo ter permanecido 15 dias parado em razão de ter sofrido pane.

Argumenta que a nota fiscal contendo a data de saída das mercadorias, sem que tenha ocorrido a efetiva saída, não autoriza a presunção de reutilização do documento.

Quanto ao fato da data de fabricação das mercadorias ser posterior a data de emissão da nota fiscal, afirma que tal ocorrência se deve à dinâmica de produção das mesmas.

Ressalta que não praticou operação com dolo, razão pela qual não cabe a aplicação da multa confiscatória, cabendo neste caso a aplicação dos princípios limitadores do poder de tributar conforme lição de Alberto Xavier, que transcreve.

Cita a resposta à consulta, expedida pela Secretaria da Fazenda de São Paulo – Consulta nº 1.016/97 que afirma não haver prazo entre as datas de emissão e a indicação da data da efetiva saída das mercadorias.

Aduz não haver comprovação da acusação da autoridade fiscal, visto que a reutilização da nota fiscal não foi comprovada, tratando-se de presunção, que está equivocada, por não considerar o relato do motorista quanto ao período de parada do caminhão.

Argui nulidade do lançamento haja vista que o art. 48 do Decreto nº 7.629/99 dispõe que a notificação fiscal deverá ser lavrada para exigir crédito no valor igual ou inferior a R\$10.000,00 quanto a presente notificação cobra R\$16.438,10, quando deveria ter sido lavrado um auto de infração, conforme art. 38 do mesmo decreto.

Faz longa explanação acerca do caráter confiscatório da multa e defende que o valor da base de cálculo para aplicação da multa deveria ser R\$119.116,29, pois, o valor adotado como base de cálculo inclui todos os impostos.

Diante de tudo quanto exposto, pugna pela extinção da multa aplicada, caso não atendida, que seja reduzida.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe exige crédito tributário com imposição de multa, decorrente da acusação de ter a notificada utilizado documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação, referente a circulação de mercadorias procedentes do Estado de São Paulo com destino ao Estado de Pernambuco.

A ação fiscal ocorreu no Posto Fiscal Heráclito Barreto, localizado no município baiano de Paulo Afonso na divisa territorial deste estado com Alagoas foi desenvolvida por preposto fiscal lotado na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região Norte.

As mercadorias, 12.693 Kg de Filme de Pé, transportadas pelo veículo de placa MUM 8481, acobertadas pelas notas fiscais de números 008.294, 008.247 e 008.266 foram apreendidas em 15/05/2017, sendo liberadas em 14/06/2017 por força de determinação judicial da 1ª Vara Cível da Comarca de Paulo Afonso.

A fiscalização constatando que os DANFE's correspondentes às notas fiscais eletrônicas que acompanhavam as mercadorias, não continham no campo DATA DE SAÍDA, as datas da efetiva saída das mercadorias, considerou que a saída ocorreu na data de emissão, ou seja, em 27/04/2017. Assim, considerando o lapso temporal entre a data de emissão e a data do efetivo trânsito das mercadorias no posto fiscal, ocorrido em 15/05/2017, o agente fiscal presumiu que as referidas notas fiscais foram reutilizadas.

A defesa argumenta que o período entre a data de emissão e a data da ação fiscal, ocorreu devido a parada do veículo transportador devido a ocorrência de pane no veículo. Também justifica que a falta do manifesto de carga constatada na data da apreensão, foi suprida de imediato pela

empresa emitente das notas fiscais.

Quanto à preliminar de nulidade suscitada na defesa acerca da impossibilidade da lavratura de notificação fiscal para exigir imposto em valor superior a R\$10.000,00 contrariando o Decreto nº 7.629/99, entendendo que deveria ter sido lavrado um auto de infração, não pode ser acolhida, haja vista que o art. 48 do RPAF/99, determina como limite para lavratura de Notificação Fiscal o valor inferior a R\$39.720,00, sempre que for constatada infração à legislação tributária.

Portanto, sendo o crédito tributário exigido na presente notificação R\$32.876,20, não há irregularidade.

Do exame das demais peças dos autos, constato que não foi atendido um requisito fundamental e indispensável para sustentação da acusação, ou seja, a juntada da comprovação inequívoca de que as notas fiscais já haviam sido efetivamente utilizadas uma ou mais vezes para dar trânsito às mesmas mercadorias. Por outro lado, o Manifesto de Carga apresentado pela notificada em sede de defesa, demonstra que o transportador das mercadorias no momento da ação fiscal correspondia exatamente ao constante no documento.

Desta forma, resta evidente que não há, nos autos, elementos fáticos que comprovem acusação.

Verifico que a caracterização da infração se deu por presunção do agente fiscal que ao identificar o fato das notas fiscais que acobertavam o trânsito das mercadorias, estarem sem a indicação no campo próprio da data de saída, se tratava de reutilização dos documentos fiscais, sem contudo, apresentar um fato ou prova que sustente tal presunção.

Não existe a possibilidade de exigência de tributo com base em presunção, exceto nos casos previstos em lei, pois as presunções no Direito Tributário somente são admitidas quando existe previsão legal, o que não é o caso.

Registro outro fato relevante a ser considerado. As mercadorias eram procedentes do Estado de São Paulo e se destinavam ao Estado de Pernambuco, sendo que a abordagem que resultou na ação fiscal, ocorreu exatamente no último posto fiscal de fronteira da Bahia, indicando que efetivamente as mercadorias apenas transitaram pelo território baiano e estavam de saída.

Estando acompanhadas de documentos fiscais, que até prova em contrário, são idôneos; as mercadorias não estavam expostas à venda, tampouco armazenadas ou estocadas irregularmente, não havendo que se falar em irregularidades que autorizem a apreensão das mercadorias, tampouco a exigência do imposto, mesmo porque, não existe, neste caso, sujeição ativa do estado da Bahia para exigir o ICMS nesta operação.

Assim prevê o art. 40, §§ 3º e 4º da Lei nº 7.014/96.

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

§ 3º A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver desacompanhada de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidôneo, como definidos em regulamento.

§ 4º Considera-se também em situação irregular a mercadoria exposta à venda, armazenada para formação de estoque ou oculta ao fisco por qualquer artifício, sem documentação que comprove sua origem ou o pagamento do imposto devido.

Destarte, diante das considerações e da constatação da inexistência de elementos fáticos para a determinação inequívoca da inidoneidade dos documentos fiscais e a conseqüente reutilização dos mesmos, para sustentar com segurança acusação fiscal, associado ao fato de não ter se caracterizado irregularidade no trânsito das mercadorias que saíam do território baiano, constato estar caracterizada a nulidade, em virtude da incerteza quanto à acusação fiscal, que subsume com os motivos do ato administrativo.

Portanto, aplicável à situação posta, as disposições do art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99.

Voto pela nulidade da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **210587.0050/17-4**, lavrada contra **WHITE FILM IND. COM. IMP. EXP. DE FILMES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR