

A. I. Nº - 301589-0013/05-0
AUTUADO - TAM LINHAS AÉREAS S/A
AUTUANTE - RAUL DA COSTA VITORIA NETO
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 22/06/05

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0205-03/05

EMENTA. ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EMPRESA DE TRANSPORTE AÉREO. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceito para entrega, via serviço de transporte aéreo de mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/02/2005, no trânsito de mercadorias, exige o ICMS no valor de R\$11.466,50, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências lavrado e acostado à fl. 05, foram apreendidos 50 aparelhos de Telefone Celular LG Prime Shot B x 6170. As mercadorias apreendidas foram transferidas do estabelecimento autuado para a empresa Via Net Express Transportes Ltda, localizada na Rua Luiz T. Pontes, 1821. Gp. 07, município de Lauro de Freitas – BA, Inscrição Estadual nº 55.091.488, CNPJ 02.701.816/0002-59, que assumiu a condição de Depositária Fiel, conforme documento juntado à fl. 10.

A defesa (fls. 29 a 42) foi apresentada pelo Fiel Depositário (Via Net Express), através de seu representante legalmente constituído (fl. 43) e inicialmente, esclarece que foi contratada para transportar as mercadorias apreendidas e que subcontratou a TAM-LINHAS AÉRAS S/A. Afirma que na condição de fiel depositário tem interesse no julgamento do lançamento e que tem legitimidade para o ato de defender-se da autuação.

Explica que é uma empresa de transporte aéreo de cargas que tem filiais nas maiores capitais do país e atua em parceria com diversas companhias aéreas, dentre elas a TAM, com objetivo de oferecer um leque de produtos e serviços diferenciados a seus clientes.

Diz que contratou os serviços da TAM em 10/02/05 para transportar “17 (dezessete) volumes de produtos eletro eletrônico (terminal portátil de telefonia celular) pertencentes a Telebahia Celular S/A (Vivo Bahia), adquiridos junto a LG Eletronics de São Paulo Ltda., cliente da Via Net, conforme consta no Conhecimento Aéreo nº 045780-2, e das Notas Fiscais nº 118623 e 118624” (fl. 52 e 53).

Aduz que as mercadorias deveriam sair de São Paulo com destino a Salvador, devidamente acompanhada com as citadas notas fiscais, mas que por falha no carregamento de 01 (um) volume, ao invés de ser descarregado em Salvador junto com as demais mercadorias do lote, o

mesmo foi esquecido no vôo e por equívoco foi para o aeroporto de Recife/PE, tendo se desgarrado dos demais volumes, que afirma terem sido regularmente descarregados no aeroporto de Salvador em 14/02/2005, juntamente com as notas fiscais de nº 118623 e 118624.

Afirma que ao receber as mercadorias de forma incompleta (faltando um volume) no aeroporto de Salvador, o preposto da defendant fez constar no Conhecimento Aéreo e nas notas fiscais.

Diz que a TAM fez um rastreamento do volume extraviado e providenciou o retorno de Recife em 14/02/05, o que ocorreu no dia 16/02/2004 e por estar desacompanhado de documento fiscal, foi apreendido pelo fisco, que não aceitou as explicações e lavrou o Auto de Infração.

Argui que, o autuante enquadraria a infração no art. 201, I combinado com o art. 39, I, “d” do RICMS, tipificado no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96 e que no seu entendimento não infringiu nenhum dos artigos apontados pela fiscalização, tendo em vista que as mercadorias se encontravam acobertadas pelas notas fiscais até o momento que foi extraviado um volume.

Observa que o imposto foi recolhido na origem pela LG Eletronics de São Paulo Ltda.

Transcreveu a ementa do Acórdão JJF nº 0340-02/04, na qual foi proferida decisão pela improcedência de infração em situação semelhante à desta autuação. Diz que na presente autuação, as notas fiscais de nº 118623 e 118624 acobertavam o trânsito da mercadoria descarregada em 14/02/05, conforme o Conhecimento Aéreo 045780, cuja cópia foi juntada ao processo (fl. 54).

Alega que, a multa aplicada, art. 42, IV, “a” da Lei 7.014/96, se aplica a omissões fraudulentas, conforme indicado na alínea “j” do referido artigo. Afirma que, conforme anteriormente explicado, houve recolhimento do imposto e que a situação não configura fraude. Pede então, que a multa seja reduzida ou cancelada, conforme disposto no § 7º do artigo citado.

Diz que outro aspecto que reforça a improcedência da autuação é a multa aplicada de 100%, que no seu entendimento não é razoável, tendo em vista que houve o recolhimento do imposto da operação. Cita o entendimento do Professor Hugo de Brito Machado, quanto a natureza das multas proporcionais e fixas e alega que “É certo que quando da lavratura do Auto de Infração, o Ilmo Auditor não poderia saber que tais mercadorias haviam sido desviadas do curso normal, por engano, e por isso estavam desacompanhadas das notas fiscais, presumindo, desta feita, que não havia nota dando cobertura ao trânsito da mercadoria e que, por consequência, o imposto não havia sido recolhido”. Afirma que restando provado que um volume saiu da rota por erro no seu transporte, entende que deve ser elidida a incidência da multa.

Aduz que a multa aplicada afronta o disposto no art. 112 do CTN, que transcreveu à fl. 37, que estabelece interpretação favorável ao acusado em caso de dúvida quanto às circunstâncias materiais do fato ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

Ressalta que a Administração Pública deve observar e obedecer aos princípios da Legalidade, Finalidade, Motivação, Razoabilidade, Proporcionalidade, Segurança Jurídica, Interesse Público e Eficiência, como critério de avaliação dos seus atos administrativos.

Discorreu sobre os mencionados princípios e em termos gerais disse que o fato real é de que houve uma falha no descarregamento de um volume no aeroporto de Salvador, que por equívoco foi “desgarrado dos demais volumes do lote e da nota fiscal que o acompanhava”. Reconhece que o “contribuinte está obrigado a proceder com o transporte da mercadoria acompanhada de nota fiscal”, mas que não é razoável que uma falha neste procedimento caracterize uma omissão fraudulenta e seja aplicada uma multa desproporcional. Afirma que o procedimento do fisco não deve se ater estritamente à lei, mas também a moral e a essência do interesse do Estado que deve buscar resultados satisfatórios com o menor custo possível (princípio da eficiência) numa relação de custo-benefício.

Finaliza pedindo que a autuação seja julgada improcedente, tendo em vista que ocorreu o regular recolhimento do imposto e a inaplicabilidade da multa que entende ser desproporcional a um erro involuntário que não se constitui de natureza fraudulenta, conforme disposto no art. 42, § 7º da Lei 7.014/96.

O autuado (TAM-Linhas Aéreas S/A) apresentou defesa (fls. 64 a 70), através de sua representante legalmente constituída (fl. 76). Inicialmente, explica que efetuou o transporte de mercadorias acompanhadas das notas fiscais de nº 118623 e 118624 da LG Electronics de São Paulo Ltda., destinadas a Telebahia Celular e que por um lapso, após o desembarque em Salvador, um dos volumes constantes do Conhecimento de Transporte Aéreo de nº 045780-2, permaneceu na aeronave e foi para o aeroporto de Recife/PE. Esclarece que, posteriormente a impugnante recebeu as mercadorias extraviadas através do AWB Nº 098131-0 que estavam acobertadas pelas citadas notas fiscais.

Afirma que não pode prosperar a exigência fiscal enquadrada no art. 201, I, combinado com o art. 39, I, “d” do RICMS, tipificado no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, tendo em vista que as mercadorias se encontravam acobertadas pelas notas fiscais até o momento que foi extraviado um volume, e que o imposto foi recolhido na origem pela LG Electronics de São Paulo Ltda.

Alega que, a multa de 100% aplicada (art. 42, IV, “a” da Lei 7.014/96) é desproporcional à situação real e que ocorreu um erro de procedimento, mas não fraude como foi tipificada pelo autuante.

Diz que a atividade administrativa é vinculada, conforme disposto nos art. 3º e 142 do CTN, e que com base no princípio da legalidade objetiva devem ser invalidados os procedimentos administrativos que não estejam estritamente vinculados à lei. Cita o entendimento neste sentido dos professores James Marins, Roque Antonio Carraza e que o extravio da mercadoria e o seu imediato retorno, não pode caracterizar transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

Alega que mesmo que se admita que as notas fiscais tenham permanecido com os volumes desembarcados em 14/02/05 e acarretasse “a falta de documentação fiscal do volume extraviado”, não deve prevalecer uma multa à razão de 100% do valor do imposto. Invoca para si, a aplicação do disposto no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, no sentido de que seja reduzida ou cancelada, tendo em vista que não houve fraude, dolo ou simulação que implique em falta de recolhimento do imposto.

Afirma que o imposto foi recolhido na origem à razão de 7%, conforme previsto no art. 52 do RICMS/SP, o que pode ser constatado à vista das notas fiscais de nº 118623 e 118624 e não pode ser compelida a recolher novamente o que no seu entendimento implica cobrança em duplicidade do imposto.

Ressalta que a operação foi realizada entre contribuintes do ICMS, conforme extratos da consulta formulada ao Sintegra/ICMS acostados ao processo (fl. 79 e 80) e que entende ser inaplicável a alíquota de 17%.

E por fim, requer que a autuação seja julgada improcedente, tendo em vista que ocorreu o regular recolhimento do imposto.

O autuante, em sua informação fiscal, fls. 86 a 88, argumenta que não pode ser acolhida a alegação do autuado de que ocorreu o extravio da mercadoria que diz ter seguido para Pernambuco pelo seguinte:

- a) Alegou ter registrado tal fato nas notas fiscais, porém na “xerox das respectivas notas fiscais não constam tais informações”;
- b) No Conhecimento Aéreo foi registrado “a retirada de um volume violado e não a falta de um deles” e mesmo que fossem verdadeiras as alegações, o correto seria fazer uma correção contábil do ocorrido.

- c) Que a nota fiscal pertinente a operação não indica o “número de série, nem de fabricação dos equipamentos” para que pudesse certificar-se de que trata-se das mercadorias (celulares) apreendidas.
- d) Que o Conhecimento de Transporte Aéreo (CTA) oriundo do Estado de Pernambuco menciona apenas uma outra nota fiscal de nº 10311 (fl. 11) que não guarda qualquer correlação com a operação ocorrida.
- e) Diz que o autuado alegou na defesa que foram apresentadas “cópias das notas fiscais onde constavam as descrições do volume extraviado”, mas que isto não é verdade, porque a alegação do preposto da Via-Net no momento da apreensão das mercadorias foi de que “as notas fiscais já estavam em poder do destinatário e não poderiam ser apresentadas”.
- f) Alega que a decisão constante do Acórdão de julgamento da 2ª JJF apresentado na defesa, não pode ser aplicada no presente caso, pelo fato de que naquela decisão a nota fiscal foi encontrada em outro volume, e que neste caso não existe nota fiscal, a operação teve origem em Pernambuco e não em São Paulo e não há citação no Conhecimento de Transporte das supostas notas fiscais dos produtos apreendidos e ainda que não há identificação dos números de série de fabricação dos aparelhos de modo que pudessem ser identificados com segurança.
- g) Quanto às alegações sobre os percentuais da multa aplicada, diz que não merecem comentários porque fogem a sua alcada.

Ao final, diz que o autuado não apresentou fatos novos que possam ser considerados, tendo em vista que as razões apresentadas na defesa não traduzem os documentos comprobatórios em relação às mercadorias apreendidas. Pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O autuado foi acusado de transportar mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. A defesa foi apresentada pelo fiel depositário, tendo em vista que o fiel depositário subcontratou o autuado para fazer transporte de mercadorias, operação esta que culminou na autuação. Entendo que, sendo o deficiente indiretamente responsável pelo pagamento do imposto da exigência fiscal, o mesmo tem legitimidade para postular conforme disposto no art. 4º do RPAF/BA.

O Termo de Apreensão nº 138830.0015/05-3, juntado à fl. 05, indica ter sido apreendido a quantidade de 50 aparelhos de Telefone Celular da marca LG Prime Shot B x 6170, desacompanhados de documentação fiscal.

O autuado alegou que transportou dezessete volumes em 10/02/05 de São Paulo para Salvador, conforme constava no CTA nº 045780-2 (fl. 54), acobertados pelas Notas Fiscais de nº 118623 e 118624 (fl. 52 e 53) que indicava 850 aparelhos de Telefone Celular e que, por equívoco, um dos volumes contendo 50 aparelhos permaneceu no avião e seguiu para o aeroporto de Recife. Alegou que, ao retornar para Salvador em 14/02/05, conforme CTA de nº 98131-0 (fl. 11) as mercadorias foram apreendidas, pelo fato de que estavam desacompanhadas das notas fiscais que se encontravam com o destinatário das mercadorias, a Telebahia Celular S/A.

O autuante, por sua vez, argumentou que não acolhe a alegação defensiva de que ocorreu o extravio das mercadorias, por diversos motivos: de que não consta nas notas fiscais nenhuma informação de que ocorreu extravio; o CTA indica que foi retirado um volume violado e não a falta de um deles; que a nota fiscal não indica o número de série ou de fabricação dos equipamentos; que o CTA oriundo de Pernambuco menciona outra nota fiscal de nº 10311 (fl. 11) que não guarda qualquer correlação com a operação ocorrida.

Alegou também que, não é verdadeira a alegação defensiva, de que foram apresentados no momento da apreensão das mercadorias as cópias das notas fiscais, onde constavam às descrições do volume extraviado e que não foi aceito por ele. Esclarece que o autuado alegou, no momento da apreensão das mercadorias, que as notas fiscais já estavam em poder do destinatário e não poderiam ser apresentadas.

Da análise das alegações defensivas e documentos juntados ao processo, verifico que o Termo de Apreensão e Ocorrências acostado à fl. 05 indica a apreensão de 50 aparelhos de Telefones Celulares, desacompanhados de documentação fiscal. O CTA de nº 981310, juntado à fl. 11, supostamente de retorno de Recife para Salvador do volume extraviado, indica transporte de “peças diversas” das mercadorias da nota fiscal de nº 10.311. Já o CTA de nº 04578-2 acostado a fl. 54, apresentado pelo contribuinte, indica o transporte de “Uma caixa de papelão”. Há duas observações manuscritas apostas no referido CTA:

- a) No campo onde foram indicadas as notas fiscais de nº 118623 e 118624, foi observado “Retirada 1 caixa aberta”;
- b) No campo do Local da retirada: foi observado “Retirado 01 volume totalmente violado”.

Observo que as cópias das notas fiscais de nº 118623 e 118624 acostadas às fls. 77 e 78 indicam:

- 1) Na primeira, 140 unidades e na segunda, 710 unidades de aparelhos de telefones celular;
- 2) Na primeira nota fiscal foi apostado um carimbo de “Conferido – DS-2 – Vivo-BA” e no corpo da mesma, do lado esquerdo, foi apostada observação manuscrita de “140 corp 13784”;
- 3) Na segunda nota fiscal foi também observado o seguinte: “380 VCGC -13785; 100 Corp – 13786 e 230 Clie – 13786” e, da mesma forma, consta o carimbo de que a mercadoria foi conferida pela Vivo-BA.
- 4) Em ambas as notas fiscais, foi apostado um carimbo no centro do corpo da mesma, que, apesar de não estar bem legível, indica ter havido uma “Conferência quantitativa e visual”.

Pelo exposto, faço as seguintes observações:

- a) Não há nenhuma correlação entre as mercadorias indicadas na nota fiscal nº 100311 (CTA 098131-0 acostado à fl. 11, supostamente emitido para trazer de volta as mercadorias equivocadamente enviadas para Recife), a qual indica “peças diversas”, com as mercadorias constantes das notas fiscais de nº 118623 e 118624 (CTA 045780) que trata de telefones celulares;
- b) O CTA de nº 04578-2 acostado a fl. 54, indica transporte de apenas uma caixa de papelão e produtos eletro-eletrônicos e, efetivamente, o mesmo indica ter sido retirada uma caixa;
- c) As notas fiscais de nº 118623 e 118624, cujas cópias foram apresentadas junto com a defesa, indicam vendas da LG para a Vivo-BA de 850 aparelhos de celular (710 + 140) e, ao contrário do que foi afirmado na defesa, não consta nenhuma observação nas citadas notas fiscais do extravio de parte das mercadorias;
- d) Observações manuscritas apostas na mesma, pelo destinatário, indicam terem sido recebidas as quantidades indicadas nas notas fiscais: de 710 unidades (380 +100 + 230), na primeira, e 140 unidades na segunda.

Concluo que as mercadorias apreendidas não são as mesmas mercadorias indicadas nas notas fiscais de nº 118623 e 118624 apresentadas junto com a defesa e que, de fato, as mercadorias estavam desacobertadas de documento fiscal, o que caracteriza a infração.

Em relação à decisão citada pela impugnante relativa ao Acórdão JJF nº 0340-02/04 exarado pela 2ª JJF, verifico que no PAF cuja decisão foi exarada, a nota fiscal foi encontrada em outro volume

transportado. Neste PAF, não ficou comprovada a existência de nota fiscal no momento da apreensão das mercadorias e a nota fiscal apresentada na defesa, conforme anteriormente explicado, não faz prova de que as mercadorias apreendidas estavam acobertadas por notas fiscais.

Quanto às alegações defensivas, de que o percentual da multa aplicada é desproporcional à infração, não pode ser acolhida: em primeiro lugar, porque ficou caracterizado que as mercadorias foram transportadas sem documentação fiscal, o que caracteriza infração de natureza grave. Em segundo lugar, a multa aplicada à infração descrita no Auto de Infração tem previsão na Lei 7014/96 (art. 42, IV “a”) e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de dispensa ou redução de multa decorrente de obrigação principal.

Quanto à alegação de que o imposto foi recolhido na origem à razão de 7% e que o imposto ora exigido implica cobrança em duplicidade, observo que não ficou comprovado que as mercadorias objeto da autuação são as mesmas que as indicadas no documento fiscal apresentado junto com a defesa e, ainda, verifico que a quantidade de mercadorias apreendida sem nota fiscal denota intuito comercial e, tendo as mercadorias sido apreendidas no território baiano sem documentação fiscal, o ICMS incidente sobre as mesmas é devido ao Estado da Bahia.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 301589.0013/05-3, lavrado contra **TAM LINHAS AÉREAS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.466,50**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA - JULGADOR