

A. I. N° - 019358.0101/08-4
AUTUADO - AXT TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS PEREIRA DE VASCONCELOS
ORIGEM - IFMT SUL
INTERNET - 17.07.08

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0076-05/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte realizou operação de retorno de mercadorias em desacordo com a exigência preconizada pelo § 1º do inciso V do art. 654 do RICMS-BA/97. Restou também comprovado nos autos a circulação de mercadorias com documentação fiscal incompatível com a operação, ou seja, acobertada com Nota Fiscal de Prestação Serviço. Preliminar de nulidade e pedido de diligência não acatados. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/01/2008, exige imposto no valor de R\$24.027,05, decorrente de transporte de mercadorias, sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão n° 120091, fl. 04. Consta na “Descrição dos fatos” que as mercadorias apreendidas encontravam-se acompanhadas da Nota Fiscal n° 12235, no valor de R\$ 135.287,96, emitida pelo autuado em 28/12/07 relativa à operação de vendas a empresa B2W CIA Global de Varejo, sita em Barueri - SP, que, no entanto estava sendo usada erroneamente para acobertar o retorno das mercadorias supostamente não entregues, sem constar no verso do documento fiscal as informações relativas à recusa do recebimento e o motivo com a aposição do carimbo do CNPJ e sem a emissão de Nota Fiscal de devolução, e da Nota Fiscal de Prestação de Serviço n° 00193 de 11/01/08 emitida pela firma L. Baranauskas, sita em São Paulo no valor de R\$4.486,76.

O autuado através de seu advogado devidamente constituído, fl. 30, apresenta impugnação, fls. 21 a 29, na qual depois de descrever os termos da acusação fiscal, aduz os seguintes argumentos defensivos:

1. Esclarece que realizou venda de mercadorias para a empresa B2W, conforme pedido n° 010510 e que devido a falta de produto foi atendido através de duas Notas Fiscais a de n° 12235 de 27/12/07 enviada pela transportadora Castor Express e a de n° 012250 de 28/12/07 enviada pela TAM. No entanto, a mercadoria da Nota Fiscal n° 012235 ficou no depósito da transportadora para agendamento da entrega e nesse período o cliente desistiu da compra dos produtos resultando no retorno dessas mercadorias sem um documento emitido pelo cliente ou pela transportadora, por isso se justificou a devolução com a mesma nota fiscal. Informa que no mesmo veículo encontravam-se embalagens por ele adquiridas junto ao fornecedor L. Baranauskas que emitiu para a operação a Nota Fiscal de Prestação de Serviço n° 00193. Diz que apesar do seu cliente ter recusado emitir qualquer declaração de cancelamento do pedido realizado por telefone, possuía em seu estabelecimento todos os documentos possíveis e legais para comprovação dos fatos. Acrescenta que apresentou a fiscalização as cópias do CTCR's que acompanharam a ida da mercadoria para B2W e a vinda do depósito da transportadora para seu estabelecimento. Enfatiza

que não deve prevalecer o lançamento, simplesmente por não ter a declaração manuscrita do cliente que cancelou o pedido;

2. Requer a decretação da nulidade do lançamento por entender que foram vulnerados os princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica, preconizados no inciso II do art. 5º da Constituição Federal, reitera ainda a sua pretensão invocando os princípios da ampla defesa e do contraditório, além de outros elencados no art. 9º da Lei nº 9.784/99 afirmando que a ação da fiscalização colide com esses princípios os quais a Administração Pública e, especificamente o Processo Administrativo Fiscal deve obedecer. Requer ainda que os autos sejam convertidos em diligência para averiguação por documentação hábil e idônea das fontes de recursos que deram origem ao débito exigido;

3. Quanto ao mérito, além de reafirmar que o Termo de Apreensão não tem fundamento, alega que houve arbitrariedade na aplicação da multa, que pelo percentual elevado afeta o direito de propriedade e atinge a livre iniciativa. Apresenta transcrição de citação Raquel Denise Stumm e de trechos da obra do prof. Paulo de Barros Carvalho e de Hugo de Brito Machado para corroborar seu argumento. Nessa mesma linha transcreve ementas de decisões do STF acerca da aplicação de multas punitivas. Aduz que na atual conjuntura, dada a estabilidade da moeda e ausência de inflação, torna-se absurdo, econômica e juridicamente impossível acatar multas extorsivas e incongruentes com a realidade com a de 100% aplicada, especialmente quando a União Federal reconhece a aplicabilidade de multa de 2% prevista no art. 52 da Lei nº 9.298/96 que altera o Código de Defesa do Consumidor. Por isso, afirma que ante o princípio da isonomia resta evidente que a multa moratória terá que se limitar ao máximo a 2%.

Por fim o autuado sintetiza seus pontos de discordância, inicialmente reiterando seu pedido de nulidade suscitado preliminarmente, ou sucessivamente seja convertido em diligência para realização de perícia se for o caso. E quanto ao mérito, mantém seu entendimento sobre a possibilidade de aplicação de multa e da utilização de índice de juros, requerendo que seja declarada a anulação do Auto de Infração e determinada a realização de um novo lançamento, para que se aplique uma multa em patamares menores, ou seja, de 2%, a exemplo da aplicada no direito do consumidor.

O auditor designado para proceder à informação fiscal, à fl. 46 a 49, depois de descrever pormenorizadamente o Auto de Infração e transcrever as razões da defesa afirma que:

a) O autuado admite o cometimento da infração explicitamente ao pedir que o procedimento seja refeito e sua irrisignação se concentrou contra a multa extorsiva aplicada pelo autuante prevista na alínea “a” do inciso IV no art. 42 da Lei nº 7.014/96. Por isso, considera ultrapassados todos os argumentos defensivos de improcedência do Auto de Infração, pois, aqueles relativos à documentação colocada a disposição da fiscalização são contraditados pela falta destes mesmos documentos que não foram gerados, porquanto o desfazimento do negócio teria se dado por comunicação telefônica, ou seja, a contradição e a inconsistência é a marca que mais transparece no curso da defesa no aspecto do mérito da autuação;

b) O esforço argumentativo do autuado se restringe, no que tem de substancial, ao pedido de nulidade em função da ilegalidade do procedimento caracterizada, sobretudo, pelo que é considerada exorbitância do percentual da multa aplicada, carreando aos autos jurisprudência do STF e doutrina neste sentido, condenando o excesso de exação praticado pelos fiscos em suas atividades. No entanto, várias decisões colacionadas referem-se a multas moratórias, por atraso de pagamento, não por infrações;

c) As multas, conforme previsto em lei, devem ser punitivas para não estimularem nem favorecerem os transgressores. Uma multa de 2% é razoável relativamente ao atraso no pagamento, mas não em crimes tributários;

d) A operação não restou totalmente esclarecida, pois as mercadorias foram remetidas e ficaram mais de vinte dias no depósito da transportadora, segundo a defesa, para serem devolvidas sem que o destinatário sequer as tivesse visto.

VOTO

Preliminarmente, o autuado alegou que não foram respeitados os princípios constitucionais da legalidade, e da segurança jurídica, Além disso, acrescentou que houve arbitrariedade por parte do fisco e que os seus procedimentos feriram também os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Inicialmente rejeito as preliminares de infração à Constituição Federal, sugeridas pelo contribuinte, porque não houve no processo desrespeito à Carta Magna, tendo em vista os procedimentos adotados pela fiscalização foram todos pautados nos limites da legislação pertinente, ou seja, ao fato concreto constatado – circulação de mercadorias em retorno do destinatário sem o acobertamento do documento fiscal exigido pelo § 1º do inciso V do art. 654 do RICMS-BA/97 - fora aplicada a infringência ao inciso I do art. 201 do RICMS-BA/97 e tipificada a multa prevista na alínea “a” do inciso IV, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Portanto, devidamente evidenciada no procedimento fiscal a convergência da constatação da ocorrência do fato concreto e o seu enquadramento na exigência legal pertinente, não há que se falar em desrespeito aos princípios da legalidade e da segurança jurídica. Ademais constato também que nos autos que em momento algum o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório. Ressalto ainda que não compete a esta JJF apreciar matéria atinente inconstitucionalidade do direto posto. Assim, rejeito a preliminar de nulidade argüida por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No que se refere à insurgência do contribuinte contra a multa aplicada, observo que em relação à imposição fiscal a multa de 100% está correta, haja vista sua previsão na alínea “a” do inciso IV do art. 42 da Lei nº. 7.014/96.

Indefiro o pedido de perícia e diligência suscitada pela defesa, tendo em vista que os elementos constantes nos autos afiguram-se claramente evidenciados, circunstanciados e sem obscuridade alguma. Portanto, inexistente a necessidade de realização de vistoria ou exame de caráter técnico e especializado previsto no inciso II do art. 150 do RPAF/99, eis que já integram os autos os elementos suficientes para a formação de meu convencimento sobre o fato concreto e a matéria em questão, ao teor do disposto nos incisos I e II, do art. 147, do supracitado regulamento.

No mérito o presente Auto de Infração exige imposto por ter sido constatado pelo Trânsito de Mercadorias a circulação de mercadorias, em retorno do destinatário, desacompanhadas de documentação fiscal, vez que fora considerada inidônea a Nota Fiscal nº 012235, emitida em 27/12/07, por não atender às exigências legais para acobertar essa operação. Ocasão em que também foram constatadas, juntamente com as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 012235, mercadorias adquiridas pelo autuado acompanhadas da Nota Fiscal de Prestação Serviços nº 0193.

Em relação ao mérito alegou, tão somente, e sem carrear aos autos qualquer tipo de comprovação, que seu cliente desistira do pedido por telefone e não retirara as mercadorias do depósito da transportadora em São Paulo e se recusara a informar sua desistência. Apresentando à fiscalização a Nota Fiscal de saída de seu estabelecimento emitida há quase um mês antes da apreensão das mercadorias e do CTC'S.

Depois de examinar os elementos que constituem o presente Auto de Infração constato que efetivamente, a fiscalização procedera corretamente ao apreender as mercadorias com circulação irregular, tendo em vista o flagrante descumprimento da previsão regulamentar atinente ao retorno de mercadorias não entregues ao destinatário, como se depreende da leitura dos dispositivos regulamentares a seguir transcritos.

Art. 654. O estabelecimento que receber, em retorno, mercadoria que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário deverá:

[...]

V - exibir ao fisco, quando exigidos, todos os elementos, inclusive contábeis, comprobatórios de que a importância eventualmente debitada ao destinatário não tenha sido recebida.

§ 1º O transporte da mercadoria em retorno será acompanhado pela própria Nota Fiscal originária, em cuja 1ª via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria: recusa de recebimento, falta de localização do endereço, mercadoria fora das especificações, estabelecimento fechado ou inacessível, ou outro qualquer, devendo a mencionada observação ser feita, sempre que possível, no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares", ou, não havendo espaço suficiente, no quadro "Dados do Produto".

§ 2º O transportador da carga observará, ainda, o disposto no inciso II do art. 636, relativamente ao Conhecimento de Transporte.

Art. 636. Nas hipóteses de devolução ou de retorno de mercadorias ou bens:

II - no retorno de carga que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário:

a) o Conhecimento de Transporte originário poderá servir para acobertar a prestação de retorno ao remetente, desde que, antes de se iniciar o retorno, seja feita observação dessa circunstância nas 1ªs vias dos documentos relativos à carga e à prestação do serviço (Conv. SINIEF 06/89 e Ajuste SINIEF 01/89);

b) a mercadoria retornará acobertada pela Nota Fiscal originária, atendido o disposto no § 1º do art. 654.

Portanto, o autuado não providenciou o atendimento da exigência relativa à comprovação da motivação da desistência da compra por seu cliente, depois da mercadoria circular por mais de 2.000 km e retornar ao seu estabelecimento. Acrescente-se ainda que além de não apresentar justificativa plausível e comprovada da desistência, a referida Nota Fiscal, depois de percorrer a distância rodoviária entre Ilhéus – São Paulo – Ilhéus, não consta, sequer, a aposição de um único carimbo de repartição fazendária do percurso. Restando assim evidenciado o caráter obscuro da operação, não remanescendo outra alternativa para a fiscalização, senão a estrita aplicação da exigência legal pertinente. Por tudo isso, considero subsistente a infração.

Ante o exposto, concluo que restou comprovado nos autos o cometimento da infração imputada ao autuado, eis que este foi flagrado por equipe de fiscalização do trânsito circulando com mercadorias sem a documentação fiscal exigida para a operação. Verifico por fim, que a tipificação da multa aplicada está em perfeita consonância com a determinação da alínea “a” do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019358.0101/08-4**, lavrado contra **AXT TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.027,05**, 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, 08 de julho de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR