

A. I. N° - 118867.0030/08-8
AUTUADO - SAMAM DIESEL LTDA.
AUTUANTE - JANETE MOTA BORGES
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 06.10.08

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0180-05/08

EMENTA: ICMS. MERCADORIAS EM TRÂNSITO ACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A nota fiscal que acompanhava a mercadoria estava revestida das formalidades legais e não ficou comprovado que estava sendo utilizada com comprovado intuito de fraude. Não mantida a condição de responsável solidário do transportador. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/05/2008, reclama o ICMS no valor de R\$33.966,00, relativo à circulação de mercadorias realizada com nota fiscal inidônea por constatação de local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal. Multa de 100%. Acompanha o auto o Termo de Apreensão e ocorrências n° 118867.0030/08-8 (fls. 5 e 6).

Consta na descrição dos fatos a constatação das seguintes irregularidades: 27.000 (vinte e sete mil) Kgs de leite em pó integral Prolac, mercadorias procedentes da empresa PROLAC INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS LTDA, CNPJ: 08.809.738/0001-06, situada na Rod. Canidé-Santa Brígida, Km 18, S/N, Povoado Capim Grosso, Canindé de São Francisco/SE, acobertadas com a Nota Fiscal n° 018809, a qual foi considerada inidônea por ter indicado estabelecimento de origem – LATÍCIÑIOS SANTA MARIA LTDA, CNPJ: 04.439.268/0001-85 e atestado que o produto foi produzido pelo próprio estabelecimento emitente da nota fiscal, conforme CFOP 6.101, quando o constatado na conferência das mercadorias em sua embalagem indica que a fabricação é da empresa PROLAC INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS LTDA, CNPJ: 08.809.738/0001-06.

O autuado apresentou defesa às fls. 22 a 27 dos autos, dizendo ser empresa que trabalha no setor de transportes, tendo sido contratada pela NatVille que tem a razão social de Laticínios Santa Maria Ltda, para transporte de 27.000 quilos de leite em pó de sua propriedade.

Diz que a NatVille, em razão de sua elevada produção, muitas vezes terceiriza o beneficiamento do leite *in natura*, sendo o mesmo encaminhado para industrialização por outras empresas e que esta é a situação dos produtos objetos da autuação, que, apesar de pertencerem a NatVille foram transformados em leite em pó pela empresa PROLAC Indústria de Laticínios Ltda., conforme comprova a nota fiscal de retorno de produtos industrializados n° 000184, emitida pela PROLAC, que anexa.

Diz que ao retornar para a NatVille, o leite em pó, ainda embalado nos sacos da PROLAC, foram negociados e vendidos para a empresa AMIFOR Indústria de Alimentos S.A. estabelecida em Contagem-MG, porém, em função de desacordo comercial ocorreu a devolução da mercadoria, conforme exposto no verso da nota fiscal n° 018809, devolvendo ao fabricante.

Aduz que na viagem de retorno foi parado para fiscalização onde foi lavrado o presente auto, sob justificativa de transporte de mercadorias acompanhadas de documentação inidônea, já que, apesar da nota fiscal ter sido lançada em nome da NatVille, foi constatado que a embalagem dos produtos indicava como sendo de propriedade da PROLAC.

Alega que apesar do leite estar embalado em sacos da PROLAC pertence à NatVille, tendo sido apenas beneficiado pela primeira e que haveria inidoneidade da nota fiscal se registrasse como

proprietária do bem a PROLAC e não a NatVille, o que não aconteceu e que o fato do produto estar embalado com sacos da PROLAC não dá a essa empresa a propriedade do bem. Repete que a PROLAC apenas beneficiou o produto, prestou um serviço.

Transcreve o artigo 915, IV, "a" do RICMS-BA., e o art. 42, IV, "a" da Lei 7.014/96, acrescenta que ainda que se entenda como efetivamente ocorrido transporte de mercadoria com documentação inidônea, houve equívoco no cálculo da penalidade porque a transação comercial não se consumou o fato gerador, e ainda que a transação comercial tivesse se concretizado, competente para cobrar o ICMS seria o Estado de Sergipe, já que lá está localizado o estabelecimento que transferiu a propriedade do bem, no caso, o da empresa NatVille.

Escreve que o auto registra o valor devido de R\$67.932,00, sendo R\$33.966,00 de ICMS e R\$33.966,00 de multa, mas se não houve o fato gerador do imposto que é a mudança da propriedade da mercadoria, apenas poderia ser exigido o valor da multa pela infração da legislação. Diz que a legislação é límpida: configurado o fato tipificado, deve-se multa equivalente a *"100% do valor do imposto"*, o que é muito diferente de impor *"o valor do imposto mais 100%"*. Por isso, afirma que se acaso entenda como inidônea a documentação, devido seria apenas a quantia de R\$33.966,00, relativamente a multa pela infração da legislação.

Por fim, requer a declaração de improcedência do Auto de Infração e se assim não seja entendido, pede a revisão do cálculo do valor cobrado, vez que incluiu quantia referente a imposto indevido, pois não houve circulação efetiva da mercadoria.

A autuante presta a Informação Fiscal de fls. 59/60, dizendo que encontrou mercadorias sendo transportadas acompanhadas de único documento fiscal de nº 018809 e que após conferência física das mercadorias no veículo, acompanhada do condutor do veículo, constatou que os 1.080 sacos de leite em pó estavam acondicionados em embalagens não violadas, nas quais estavam apostadas que o produto era de fabricação da empresa PROLAC INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS LTDA, CNPJ: 08.809.738/0001-06, o que atesta que as mercadorias não foram produzidas pela empresa LATICÍNIOS SANTA MARIA LTDA conforme indica o CFOP 6.101; código que corresponde a venda de produção do estabelecimento.

Aduz que foi atribuída a responsabilidade solidária ao transportador pelo fato de estar sendo conduzidas mercadorias acobertadas pela nota fiscal nº 018809, caracterizada como inidônea para a operação, pois embora revestida das formalidades legais foi utilizada com o intuito comprovado de fraude quando acobertou uma operação na qual o remetente das mercadorias indicado no documento não correspondeu com os fatos apurados, desvinculando-se da operação à qual correspondia.

Concluindo, diz manter a ação fiscal esperando seja o auto julgado procedente.

VOTO

O Auto de Infração em lide reclama o ICMS relativo à circulação de mercadorias realizada com nota fiscal inidônea, por constatação de local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal. Multa de 100%. Acompanha o auto o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 118867.0030/08-8.

Constou na descrição dos fatos a constatação das seguintes irregularidades: 27.000 (vinte e sete mil) Kgs de leite em pó integral Prolac, mercadorias procedentes da empresa PROLAC INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS LTDA, CNPJ: 08.809.738/0001-06, situada na Rod. Canidé-Santa Brígida, km 18, S/N, Povoado Capim Grosso, Canindé de São Francisco/SE, acobertadas com a Nota Fiscal nº 018809, a qual foi considerada inidônea por ter indicado estabelecimento de origem – LATICÍNIOS SANTA MARIA LTDA, CNPJ: 04.439.268/0001-85 e atestado que o produto foi produzido pelo próprio estabelecimento emitente da nota fiscal, conforme CFOP 6.101, quando o constatado na conferência das mercadorias em sua embalagem indica que a fabricação é da empresa PROLAC INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS LTDA, CNPJ: 08.809.738/0001-06.

O autuado apresentou defesa às fls. 22 a 27 dos autos, dizendo ser empresa que trabalha no setor de transportes, tendo sido contratada pela NatVille que tem a razão social de Laticínios Santa Maria Ltda, para transporte de 27.000 quilos de leite em pó de sua propriedade. Disse que a NatVille terceirizou o beneficiamento do seu leite *in natura* à empresa PROLAC e que esta é a situação dos produtos objetos da autuação, que ao retornar para a NatVille, o leite em pó, ainda embalado nos sacos da PROLAC, foi negociado e vendido para a empresa AMIFOR Indústria de Alimentos S.A. estabelecida em Contagem-MG, porém, em função de desacordo comercial ocorreu a devolução da mercadoria, conforme exposto no verso da nota fiscal nº 018809, devolvendo ao fabricante.

Aduziu que na viagem de retorno foi parado para fiscalização onde foi lavrado o presente auto, sob justificativa de transporte de mercadorias acompanhadas de documentação inidônea, já que, apesar da nota fiscal ter sido lançada em nome da NatVille, foi constatado que a embalagem dos produtos indicava como sendo de propriedade da PROLAC.

Alegou que apesar do leite estar embalado em sacos da PROLAC pertence à NatVille, tendo sido apenas beneficiado pela primeira e que haveria inidoneidade da nota fiscal se registrasse como proprietária do bem a PROLAC e não a NatVille, o que não aconteceu e que o fato do produto estar embalado em sacos da PROLAC não dá a esta empresa a propriedade do bem.

Neste aspecto, observo que a nota fiscal que acompanha a mercadoria se acha revestida das formalidades legais e nela não encontrei irregularidade capaz de torná-la inidônea aos fins a que se destinou. Nos autos não há constatação de divergência entre a mercadoria transportada e sua descrição no documento fiscal. Não há, também, qualquer indicação de irregularidade nos seus dados. Por outro lado, os carimbos das repartições fiscais tanto da Bahia como de Minas Gerais, nela apostos, indicam que o trânsito ocorria em retorno do estabelecimento destinatário, Amifor Indústria de Alimentos S.A. situada em Minas Gerais, para o emitente da nota fiscal situado em Sergipe e que este retorno se deu na forma prevista na legislação baiana conforme a disposição no art. 654, § 1º do RICMS-BA, ou seja, com observação na primeira via da Nota Fiscal nº 018809 (fl. 07), do motivo da recusa do recebimento da mercadoria pelo estabelecimento destinatário. Portanto, não detectei na nota fiscal citada qualquer das irregularidades tipificadas no art. 209 do RICMS-BA para converter-se em fundamento legal para a declaração de sua inidoneidade.

O fato de a mercadoria estar acondicionada em embalagens da empresa PROLAC Indústria de Laticínios Ltda indicando que foi por ela fabricada, não é suficiente para provar ser ela sua proprietária, ademais quando há nos autos documento fiscal indicando retorno de mercadoria do tipo da autuada, recebida para industrialização pela Prolac Indústria de Laticínios Ltda em favor da empresa Laticínios Santa Maria Ltda (fl. 38) que é a emitente da nota fiscal que acompanhou a mercadoria autuada documento que foi considerado inidôneo pela fiscalização.

Na Defesa, o autuado transcreveu o artigo 915, IV, "a" do RICMS-BA., e o art. 42, IV, "a" da Lei nº 7.014/96, acrescentando que ainda que se entenda como efetivamente ocorrido transporte de mercadoria com documentação inidônea, houve equívoco no calcula da penalidade porque a transação comercial não se consumou o fato gerador, e ainda que a transação comercial tivesse se concretizado, competente para cobrar o ICMS seria o Estado de Sergipe, já que lá está localizado o estabelecimento que transferiu a propriedade do bem, no caso, o da empresa NatVille.

Neste particular a legislação através do art. 47, II, "a", do RICMS-BA, se faz clara ao registrar que o local da operação relativa à circulação de mercadorias ou bens, para efeito de cobrança do ICMS e da definição do estabelecimento responsável, é o do lugar onde se encontre a mercadoria ou bem, quando em situação fiscal irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhados de documentação inidônea.

Argui ainda o autuado, que o auto registrou o valor devido de R\$67.932,00, sendo R\$33.966,00 de ICMS e R\$33.966,00 de multa, mas se não houve o fato gerador do imposto que é a mudança da

propriedade da mercadoria, apenas poderia ser exigido o valor da multa pela infração da legislação. Disse que a legislação é límpida: configurado o fato tipificado, deve-se multa equivalente a “100% do valor do imposto”, o que é muito diferente de impor “o valor do imposto mais 100%”. Por isso, afirma que se acaso entenda como inidônea a documentação, devido seria apenas a quantia de R\$33.966,00, relativos à multa pela infração da legislação.

Deste descrito do autuado, vê-se o ânimo do autuado em admitir devida a multa sugerida na autuação e em sendo assim, caso fosse devida, não há na legislação previsão para cobrança apenas de multa quando ocorre o transporte de mercadorias tributáveis com documentação inidônea, cuja base de cálculo para cobrança do imposto é o valor da mercadoria no local onde se verifica o fato gerador, que, neste caso, é o local onde se verificou a ocorrência.

Após a análise dos elementos trazidos aos autos, ficou demonstrado que a mercadoria se encontrava em circulação regular. Assim, o autuante indevidamente considerou a aludida nota fiscal inidônea e também indevidamente exigiu o correspondente imposto.

Quanto à questão da responsabilidade solidária, a LC 87/96, em seu art. 5º, autoriza ao legislador estadual atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Assim, o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, que institui o ICMS em nosso Estado, indica o transportador como responsável solidário em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea. Dispositivo que foi regulamentado pelo artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/BA, mas que não se aplica a este caso vez que não há prova da irregularidade da operação.

Diante do exposto, não ficou demonstrado que as mercadorias estavam acompanhadas de documentação inidônea, nos termos do artigo 209, Incisos IV e VI, do RICMS/BA para se poder responsabilizar solidariamente o transportador de acordo com o artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/BA, não sendo, portanto, cabível a exigência tributária ora questionada.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **118867.0030/08-8**, lavrado contra **SAMAM DIESEL LTDA**.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2008..

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR