

PROCESSO	- A. I. N° 299689.0015/08-5
RECORRENTE	- CARVALHO SILVEIRA COMÉRCIO AMAZENAMENTO E LOGÍSTICA LTDA. (CARVALHO SILVEIRA LTDA.)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0237-04/08
ORIGEM	- IFMT-DAT/SUL
INTERNET	- 15/05/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0092-12/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. MERCADORIAS EM TRÂNSITO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A responsabilidade solidária não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos. Comprovado que no momento da autuação as mercadorias se encontravam sem documentação fiscal. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0237-04/08) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/02/08 para exigir ICMS no valor de R\$1.853,02, acrescido da multa de 100%, em decorrência da apreensão de diversas mercadorias (alimentos) transportadas e desacompanhadas de documentos fiscais (quantidade excedente), conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos à fl. 5. Consta ainda no auto que houve um erro na transcrição do valor da mercadoria leite m pó Lassereníssima constante do Termo de Apreensão.

Após análise das peças processuais, a JJF decidiu pela Procedência total do Auto de Infração sob os seguintes argumentos:

1. restou provado que a nota fiscal 113824 foi emitida no dia 08.02.2008, mas, no horário 08,51 horas, minutos depois do horário de apreensão das mercadorias transportadas sem documentação fiscal, conforme indicado no Termo de Apreensão, às 08,25 horas. Ficando assim, comprovado que a citada nota fiscal não acompanhava as mercadorias apreendidas no momento da ação fiscal e sua posterior apresentação não tem o condão de elidir a infração.
2. Quanto a responsabilidade tributária, ensina o RPAF BA (Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia) que o Auto de Infração poderá ser lavrado contra o contribuinte, contra o substituto tributário ou contra qualquer pessoa à qual a lei atribua a responsabilidade tributária (art. 39, § 4º).
3. Com relação à base de cálculo, o autuante juntou à fl. 11, coleta de preço de venda a varejo no local da ocorrência, num estabelecimento que comercializa os mesmos gêneros apreendidos (Comercial de Estivas Matos – CNPJ 03.751.706/0002-64), que considero correta, nos termos do art. 938, V, b, 2, RICMS BA. Portanto, está correta a base de cálculo apurada pela fiscalização do trânsito e restou caracterizada a infração, tendo em vista que as mercadorias estavam sendo conduzidas desacompanhadas de documento fiscal.
4. Por fim, acerca do pedido de redução da multa de 100% para 30%, solicitada pelo autuado, sob alegação de considerá-la exorbitante, ocorre que dispositivo legal (art. 43, § 7º da Lei n° 7.014/96) prevê que o órgão julgador pode reduzir ou cancelar se ficar comprovado que a infração praticada “não implique na falta de recolhimento do imposto” o que não se aplica na situação deste PAF. Ademais a multa aplicada à infração descrita no Auto de Infração tem previsão na Lei n° 7.014/96 (art. 42, IV “a”), e órgão julgador não têm competência para apreciar pedido de dispensa ou redução de multa decorrente de obrigação principal. Essa competência é exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, RPAF BA.”

Após tomar ciência da Decisão prolatada pela 1^a Instância (fls. 54/55), a empresa interpôs Recurso Voluntário (fls. 61/63) entendendo que aquela Decisão deveria ser reformada pelos seguintes motivos:

1. o fundamento de que a Nota Fiscal nº 113834 foi emitida minutos após a apreensão das mercadorias não tinha qualquer sentido, pois emitida praticamente no mesmo dia e horário daquela de nº 113826. Entendeu que com esta comprovação caia por terra o fundamento principal do Auto de Infração, já que todas as mercadorias estavam sendo transportadas acobertadas de documentos fiscais idôneos, sendo arbitrariedade não a considerá-la. Com este argumento, pugnou pelo provimento do Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida e que esta 2^a Instância julgasse improcedente o lançamento fiscal.
2. a responsabilidade pela suposta infração à legislação tributária não poderia ser a ele imputada, pois além de ter emitido todos os documentos fiscais, o transporte das mercadorias foi realizado pelo destinatário das mercadorias e não pelo recorrente, que somente as tinha armazenado em depósito à disposição do mesmo.

Entendeu que no caso não poderiam ser aplicadas as disposições do art. 39, I, do RICMS e sim o inciso II, que analisou. Após tal análise, disse que a imposição tributária ao depositário a qualquer título, somente se dar quando ele realiza “saída de mercadorias sem a documentação fiscal exigível”. Como emitiu todas as notas fiscais, conforme comprovou, era o Auto de Infração improcedente, sendo necessária a reforma da Decisão da JJF.

Pelo que expôs requereu o Provimento do seu Recurso Voluntário por esta Câmara de Julgamento para reformar a Decisão de 1º grau, julgando improcedente o Auto de Infração. E caso não fosse reconhecida a improcedência do lançamento fiscal, que fosse decretada a sua nulidade em razão dele *não conter suporte fático suficiente para encontrar a norma individual e concreta, configurando cerceamento de defesa, por ser obrigação do fisco fazer a prova da infração imputada ao contribuinte*.

A PGE/PROFIS em seu pronunciamento (fls. 68/71) opinou pelo conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário interposto. Preliminarmente, salientou de que o lançamento fiscal encontrava-se revestido das formalidades legais, estando perfeitamente determinados o autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não tendo sido constatados quaisquer vícios formais ou materiais aptos a comprometer a atuação fiscal.

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva, observou que o art. 6º, II, “c”, da Lei nº 7.014/96 dispõe que é solidariamente responsável pelo débito o depositário que der saída a mercadorias sem a documentação fiscal exigível. Em assim sendo, não se podia falar em ilegitimidade do depositário para figurar no pólo passivo da autuação. Além do mais, não tinha pertinência a alegação de que ao transportador caberia a posição de sujeito passivo no lançamento, por ter transportado as mercadorias sem a documentação fiscal respectiva, já que não existe benefício de ordem entre os sujeitos apontados como responsáveis solidários pelo débito como determinado no art. 6º da referida Lei. Portanto, é legítima a autuação promovida em relação a qualquer um deles, como no caso em lide.

No mérito, não acatou o argumento de defesa de que a nota fiscal referente às mercadorias apontadas no Termos de Apreensão (fl. 05) encontrava-se entre a documentação apresentada aos agentes fiscais no momento da autuação, sem contudo ser considerada. Este documento fiscal (nº 113.834 – fl. 19), como se observa, foi emitido às 8:51h do dia 08/02/2008, ou seja, posteriormente ao início da ação fiscal, como evidencia o Termo de Apreensão (fl. 05), lavrado também em 08/02/2008, às 8:25 h. Logo, não poderia estar acompanhando as mercadorias no momento da fiscalização, o que demonstra a improcedência das alegações do recorrente.

E, tratando-se de autuação decorrente de saídas de mercadorias sem a documentação fiscal respectiva, a apresentação posterior da nota fiscal não elide o ilícito.

Eventual imposto, contudo, se recolhido, deve ser abatido do débito exigido.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido desta CJF dar provimento ao seu pedido de reforma da Decisão de 1ª Instância que julgou o Auto de Infração procedente.

Inicialmente ressalto de que no final de seu Recurso Voluntário, o advogado da empresa, de maneira vaga e imprecisa, solicitou que fosse decretada a nulidade do Auto de Infração por ele não conter suporte fático, configurando cerceamento de defesa e que, por dever, a prova do ilícito deve ser apresentada pelo fisco.

O lançamento fiscal encontra-se revestido das formalidades legais, estando perfeitamente determinados o autuado, a natureza da infração apurada com a respectiva multa, baseados em dispositivo legal e o montante do débito tributário, que foi apurado através da coleta de preço de venda a varejo no local da ocorrência, em estabelecimento que comercializa as mesmas mercadorias apreendidas (Comercial de Estivas Matos – CNPJ 03.751.706/0002-64 - fl. 11 dos PAF)), conforme comando do art. 938, v, b, 2, do RICMS/97). Portanto, não vislumbro quaisquer vícios formais ou materiais aptos a comprometer a atuação.

O recorrente ainda afirmou ser sujeito ilegítimo para figurar no pólo passivo da relação tributária já que apenas emitiu os documentos fiscais para o transporte das mercadorias armazenadas em seu depósito e o transporte foi realizado pelo destinatário das mercadorias. O art. 6º, II, “c”, da Lei nº 7.014/96 dispõe que são *solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, o armazém geral e o depositário a qualquer título, quando receberem para depósito ou derem saída a mercadorias sem a documentação fiscal exigível, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea*. Por consequência, sendo apreendidas mercadorias desacobertada de documento fiscal pode ser imputada ao mesmo a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, não existindo benefício de ordem entre os sujeitos apontados como responsáveis solidários pelo débito, como bem posicionou a PGE/PROFIS, conforme leitura do § 3º do referido artigo e lei - *A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos*.

E, quanto ao fato do autuante ter indicado para caracterizar a infração o art. 39, I, “d” do RICMS/97 e não o art. 39, II, “c” do mesmo Regulamento, este procedimento não inquina o Auto de Infração à nulidade, pois o art. 19, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), prevê que a *indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*. No caso, a infração foi perfeitamente descrita e todas as provas apresentadas. Mais uma vez, não vejo motivo para se alegar nulidade da autuação por ilegitimidade passiva. A única forma de se desconstituir a infração ora guerreada somente pode se dar com a apresentação de prova que a desconstitua e, neste caso, a questão seria de improcedência da autuação, pois ligada ao mérito, que passo a apreciar.

O Auto de Infração trata da exigência de ICMS referente às mercadorias que estavam sendo transportadas sem documentação fiscal, discriminadas no Termo de Apreensão 137971 (fl. 05). Junto a estas seguiam outras mercadorias regularmente transportadas através das Notas Fiscais nºs 113826, 113774 e 113765 (fls. 06/10).

Para desconstituir a infração, o contribuinte apresentou a Nota Fiscal nº 113834, com as mesmas mercadorias e quantidades daquelas apreendidas. A JJF não a aceita tendo em vista que este documento fiscal foi emitido após a apreensão das mercadorias. No seu Recurso, insiste em afirmar que ela foi emitida praticamente no mesmo horário daquela de nº 113826, sendo a Decisão da JJF atitude arbitrária em não considerá-la.

As razões recursais não merecem acolhimento. Resta provado que a referida nota fiscal foi

emitida após a apreensão das mercadorias, ou seja, a apreensão se deu no dia 08/02/2008 às 08:25 hs (fl. 06) e o documento somente foi emitido às 08:51 hs (fl. 36). Neste caso, determina o art. 632, II, do RICMS/97 que o trânsito ou porte irregular de mercadoria não se corrige com a posterior emissão de documento fiscal, se a emissão ocorrer depois do início da ação fiscal.

Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 299689.0015/08-5, lavrado contra **CARVALHO SILVEIRA COMÉRCIO ARMAZENAMENTO E LOGÍSTICA LTDA. (CARVALHO SILVEIRA LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.853,02**, 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, 13 de abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS