

**A. I. Nº** - 20778.0403/09-6  
**AUTUADO** - FLORISVALDO MUNIZ DOS SANTOS  
**AUTUANTE** - MANOEL MESSIAS SANTOS DA HORA  
**ORIGEM** - IFMT/SUL  
**INTERNET** - 23.09.2009

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0294-02/09**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. MERCADORIA EM TRÂNSITO ACOMPANHADA COM NOTA FISCAL INIDÔNEA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou comprovado que a mercadoria apreendida circulando no Estado da Bahia, estava amparada por documento fiscal destinado a circulação dentro do Estado de São Paulo. Mantida a exigência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/04/2009, reclama o ICMS no valor de R\$73.351,64, relativo à circulação de mercadorias, realizada sem nota fiscal. Multa de 100%.

O autuado, às fls. 45 a 56 dos autos, apresenta a impugnação ao Auto de Infração, descrevendo, inicialmente os fatos, afirmando que o caminhão que transportava a mercadoria, descrita no auto de infração, foi apreendida na barreira do Posto Fiscal Estadual de Vitória da Conquista/BA, por supostamente estar desacompanhada de documentação fiscal (Danfe). Segundo o autuado a Nota Fiscal que a Empresa Transportadora portava no ato da apreensão no Posto Fiscal referia-se à nota fiscal de transferência da mercadoria de armazém de terceiro localizado no Estado de São Paulo para a unidade da Empresa Marfrig no município paulista de Santo André.

Assegura que o motorista, equivocadamente, seguiu viagem diretamente para o Estado da Bahia, quando deveria ter passado em Santo André para retirar a Nota Fiscal que acobertaria o trânsito interestadual.

Entende que, em razão dos diversos procedimentos internos afetos à atividade de transporte, eventualmente, podem ocorrer equívocos quanto ao cumprimento incorreto de uma das fases constantes das obrigações acessórias, mas que não desvirtua a natureza da operação e que, neste sentido, por azo ou embaraço de atividades internas da atividade de transporte, tal mercadoria foi transportada com Nota Fiscal onde fazia constar transferência de mercadorias em uma determinada limitação estadual, não lhe conferindo a circulação interestadual.

Assim, complementa, a mercadoria transportada estava com nota fiscal diversa da correta, de tal sorte que a penalidade a ser aplicada cinge-se ao equívoco quanto ao cumprimento dos deveres instrumentais. Em razão disto, a operação foi considerada sem nota fiscal, mas o que ocorreu, em verdade, foi um mero descumprimento de obrigação acessória por equívoco involuntário.

Considera que a penalidade a ser aplicada ao impugnante é de equívoco parcial no cumprimento de dever instrumental, em capitulação diversa da constante no auto ora impugnado, consoante se passa a expor e ao final requerer.

Argumenta que há, no vertente caso, possibilidade de relevação da multa para casos em que não houve prejuízo ao erário estadual, inteligência da legislação do Estado da Bahia, conforme art. 42, inciso XV-A, alínea “a” ou “b”, ou inciso XXII, da Lei 7014/96.

Relata decisões do STJ, Processo REsp 728999 / PR, RECURSO ESPECIAL 2005/0033114-8 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) , Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 12/09/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 26.10.2006 p. 229.

Argumenta que não deve ser mantida a multa no percentual estabelecido no auto de infração, por não apresentar qualquer proporção com a conduta da autuada. Entende que o valor da multa aplicada é desproporcional à ação relatada no auto de infração, pois do eventual descumprimento de obrigação acessória não ocorreu nenhuma lesão à arrecadação estadual.

Agui que, eventual imperfeição da obrigação acessória não tem força jurídica bastante para atropelar direitos subjetivos do Contribuinte, como, por exemplo, o de se submeter ao exato valor do imposto, sem sujeitar à multa presente no auto de infração, até porque a conduta do contribuinte não permite a incidência da no patamar aplicado pela autoridade fiscal, transcrevendo doutrina de Sacha Calmon Navarro Coelho, apontando decisão em (RE 60476 / SP - SÃO PAULO Relator(a) Min. EVANDRO LINS - Julgamento: 28/11/1967 - Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA – Publicação DJ 08-03-1968).

Assegura que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre repudiou qualquer tipo de cobrança que tivesse cunho ou caráter confiscatório. Portanto, a penalidade imputada à impugnante é excessiva e deve ser anulada, motivando a própria desconstituição da autuação. Com o propósito de reduzir a multa de feição confiscatória, os Tribunais, notadamente o STF, têm admitido a redução da multa imposta com base em lei, quando assume, pelo seu montante desproporcional, caráter de confisco.

Alega que na descrição dos fatos no Auto de Infração foi tomada como base de cálculo o valor da operação descrita na Nota Fiscal nº. 149107 emitida para efeito de circulação intermunicipal no Estado de São Paulo, no valor de R\$ 431.480,55 (quatrocentos e trinta e um mil e quatrocentos e oitenta reais e cinquenta e cinco centavos). Porém o valor real da operação, que é interestadual, o qual foi motivo para suposição de subfaturamento, é o valor descrito na DANFE nº. 000.123.951, constante R\$ 273.740,79 (duzentos e setenta e três mil e setecentos e quarenta reais e setenta e nove centavos). Assegura que o valor da base de cálculo a ser utilizado no caso em tela deve cingir-se ao valor da operação. Neste contexto, o valor de venda da mercadoria foi fixado em R\$273.740,79 (duzentos e setenta e três mil, setecentos e quarenta reais e setenta e nove centavos).

Aduz que a mercadoria era, inicialmente, destinada à exportação, contudo, em razão da grave crise econômica, as exportações de derivados de carne restaram sobremaneira prejudicadas, aí incluída a mercadoria em questão. Também, por se tratar de mercadoria perecível, carne bovina, o valor da operação foi realizado abaixo do custo do produto, ante a necessidade da rápida circulação econômica.

Complementa que a nota fiscal de transferência menciona o valor de custo em R\$431.480,55 (quatrocentos e trinta e um mil, quatrocentos e oitenta reais e cinquenta e cinco centavos), contudo, o valor da operação foi realizado abaixo do custo, mormente tratar-se de produto perecível cuja exportação não se realizou, de tal sorte que o valor da venda foi de R\$273.740,79 (duzentos e setenta e três mil, setecentos e quarenta reais e setenta e nove centavos), logo, esta a base de cálculo correta a ser utilizada para fins tributários. A mercadoria foi comercializada abaixo do custo, principalmente por se tratar de produto perecível, cuja armazenagem em câmara frigorífica também tem um custo considerável, ou seja, a cada dia de armazenagem aumentavam os custos da mercadoria e dificultava ainda mais a possibilidade de venda.

Assim, entende que a base de cálculo do ICMS deve ser o valor da própria operação, ainda que esta tenha se dado abaixo do custo do produto, em razão da sua desvalorização. A base de cálculo do ICMS é, regra geral, o preço de venda da mercadoria. É o que determina o art. 13 da Lei Complementar 87/96:

pede que seja dado provimento a presente impugnação, para julgar improcedente o auto de infração, em sua totalidade, anulando o lançamento de tributo e multa, remetendo o presente processo ao arquivo;

subsidiariamente, requer seja readequada a multa para a conduta do contribuinte,

conforme disposto no RICMS/BA e na Lei do Estado da Bahia nº 7.014 de 04.12.1996, para o mero equívoco no cumprimento da obrigação acessória;

seja, ainda, fixada a base de cálculo do ICMS sobre o valor da operação, qual seja, o preço da comercialização das mercadorias objeto do auto de infração, no valor de R\$ 273.740,79 (duzentos e setenta e três mil, setecentos e quarenta reais e setenta e nove centavos), devendo sobre este valor ser calculado eventual imposição tributária.

O autuante, às fls. 80 a 82, apresenta a informação fiscal, afirmando que o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica DANFE, emitido em 12/05/2009, à fls 69, (posterior a ação fiscal), não dá suporte a operação, bem como não corrige o valor da Base de Cálculo como alega, tendo o valor probante nulo.

Afirma que a mercadoria atravessou o Estado de Minas e se não fosse detectado no trânsito, chegaria ao seu destino sem o pagamento do imposto.

Assegura que o argumento de que o motorista teria inadvertidamente saído sem trocar a nota de retorno do armazém para a empresa por outra desta para o adquirente na Bahia também, é falaciosa posto que este documento nunca existiu na época da circulação das mercadorias, vindo ao mundo jurídico só após o fracasso de trânsito irregular.

Entende não há o que se falar em obrigação acesso, visto que há o descumprimento da obrigação principal e que a multa aplicada é a prevista na Lei 7014/96, cuja constitucionalidade deve ser presumida.

## VOTO

Após a análise dos elementos trazidos aos autos, ficou demonstrada que a mercadoria, constante na nota fiscal nº 149107, à fl. 09, realmente saiu da CEFRI – Armazenagem Frigorificada e Agroindustrial Ltda, estabelecida no Estado de São Paulo, em Mairinque, com destino a Marfrig Frigo. Com. de Alimentos SA, em Santo André São Paulo. A mercadoria, contudo, foi identificada circulando no Estado da Bahia. Tal nota, portanto, não serviu para os fins a que se destina, ou seja, o trânsito da mercadoria neste Estado. Razão pela qual o autuante não a considerou e exigiu o imposto por encontrar-se a mercadorias desacompanhadas do documento fiscal devido.

A nota fiscal apresentada, por conseguinte, foi corretamente considerada inidônea, conforme consta na descrição dos fatos narrados no Auto de Infração. Assim, desclassificando o documento fiscal apresentado, restou caracterizada a circulação da mercadoria sem nota fiscal. Ocorre que efetivamente a nota existiu, não servido, contudo, para aparar a circulação da mercadoria dentro do Estado da Bahia, razão pela qual deve ser entendida a infração como “mercadoria acompanhada de nota fiscal inidônea”.

Quanto à base de cálculo, o autuado considerou os valores que contam do documento fiscal que serviu para a circulação da mercadoria dentro do Estado de São Paulo, ou seja, a mesma nota fiscal 149107, que o autuado alega ter sido utilizada erroneamente pelo motorista, visto que não pegou a nota que daria trânsito na Bahia. Assim, não há o que se falar em aproveitar o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica DANFE, que só foi emitido em 12/05/2009, à fls. 69, portanto, após a ação fiscal. Tal documento não dá suporte a operação, bem como não corrige o valor da Base de Cálculo como alega o autuado.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a

professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Não há o que se falar apenas em descumprimento de obrigação acessória, pois ficou caracterizado, também, o descumprimento de obrigação principal, cabendo a exigência desta última, com a correspondente multa, a qual este órgão, fracionário do CONSEF, não cabe competência para excluir ou reduzir.

Voto pela Procedência do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **20778.0403/09-6**, lavrado contra **FLORISVALDO MUNIZ DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$73.351,64**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, alínea “a” da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR