

PROCESSO - A. I. Nº 20778.0403/09-6
RECORRENTE - FLORISVALDO MUNIZ DOS SANTOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 2ª JF nº 0294-02/09
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 12/11/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0376-12/10

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 à circulação dentro do Estado de São Paulo. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JF nº 0294-02/09, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 06/04/2009 para exigir ICMS no valor de R\$73.351,64, relativo à circulação de mercadorias, realizada sem nota fiscal. Multa de 100%.

Após apresentação de peça defensiva por parte do autuado (fls. 45 a 56) e informação fiscal pelo autuante (fls. 80 a 82), a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela procedência do Auto de Infração (fls. 86/89), nos seguintes termos:

“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 apurar 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 competência para decretar a

Created with

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”.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário (fls. 102/114), através do qual repisa, quase que integralmente, os argumentos pelo mesmo expendidos em sua peça impugnatória.

Descreve, inicialmente, os fatos objeto de autuação, afirmando que o caminhão que transportava a mercadoria, descrita no Auto de Infração, foi apreendido na barreira do Posto Fiscal Estadual de Vitória da Conquista/BA, por supostamente estar desacompanhado de documentação fiscal (DANFE). Segundo o recorrente, 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.

Frisa que não merece guarida a afirmação constante da Decisão recorrida de que estaria caracterizada a circulação de mercadoria sem nota fiscal.

Considera que a penalidade a ser aplicada ao recorrente 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 do autuado. 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.

Assinala que, nesse contexto, merece reforma a Decisão recorrida, pois “*não se deve confundir a irregularidade decorrente de equívoco na emissão na nota fiscal q sua ‘não emissão’*”. Prossegue aduzindo que “*Não obstante a afi*
mercadoria transportada transitou pelo Estado de Minas Gerais e

da contribuinte em se abster ao pagamento do imposto devido’, estamos diante de um caso de mero descumprimento de dever instrumental em relação à nota fiscal que acobertou a operação”.

Argui 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 multa 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.

Assevera que a penalidade imputada ao recorrente é demasiadamente excessiva e deve ser anulada, motivando a própria desconstituição da autuação, uma vez que não houve qualquer prejuízo ao Erário Estadual.

Ressalta que a Decisão recorrida também deve ser reformada no que se refere à base de cálculo.

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 é 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 c/c o art. 17, da Lei nº 7.014/96.

Entende que deve se atentar, no presente caso, para o princípio da

no art. 2º, do Decreto Estadual nº 7.629/1999, cujo teor transcreve.

Ao final, pede que seja dado provimento ao Recurso apresentado para julgar improcedente o Auto de Infração, em sua totalidade, reformando a Decisão recorrida e 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. Além disso, pede que 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, devendo sobre este valor ser calculado eventual imposição tributária.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria (fls. 126/128), através do qual opina pelo improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

Assevera que o recorrente confessa o cometimento da infração, ao informar que o motorista seguiu viagem para o Estado da Bahia sem ter passado em Santo André/SP para retirar a nota fiscal que acobertaria o trânsito interestadual, pelo que não há controvérsia sobre a irregularidade no transporte da mercadoria.

Assinala que a autuação do trânsito decorre da situação fática que está ocorrendo no momento da ação fiscal e, naquele preciso instante em que fora constatada a irregularidade do transporte, não havia qualquer prova de que o imposto houvesse sido recolhido ou que tivesse destacado no documento fiscal já que o mesmo não existia. Logo, prossegue, não há como se concordar com a tese recursal, sendo correta a exigência do imposto e da multa consoante previsto na legislação tributária estadual.

No que tange à base de cálculo apurada, salienta que a mesma teve por lastro o valor das mercadorias constantes no documento fiscal que as acompanhava, que serviu para materializar a infração. Diz que o documento acostado pelo contribuinte à fl. 69 fora emitido posteriormente à lavratura do presente Auto de Infração e não pode ser utilizado para fins de apuração da base de cálculo. Informa que a legislação do Estado da Bahia prevê que a mercadoria encontrada desacompanhada de documentação fiscal, se encontra em situação irregular, nos termos do artigo 911, § 2º e 3º, do RICMS/BA. E o transporte das mercadorias objeto da autuação, desacompanhadas de documentação fiscal, é fato não contestado pelo recorrente, transcrevendo os §§ 3º a 6º do artigo 40 da Lei 7.014/96.

VOTO

Inicialmente, impende salientar que o recorrente, em sua peça de insurgência, não nega o cometimento da infração, tendo em vista que atesta que o motorista seguiu viagem para o Estado da Bahia sem ter passado na cidade de Santo André/SP para retirar a nota fiscal que acobertaria o trânsito interestadual, razão pela qual inexistente controvérsia sobre a irregularidade no transporte da mercadoria.

Outrossim, agiu corretamente o autuante ao considerar a Nota Fiscal apresentada inidônea, à luz da descrição dos fatos narrados no Auto de Infração. Destarte, ao se promover a desclassificação do documento fiscal apresentado, ficou comprovada a caracterização a circulação da mercadoria acompanhada de nota fiscal inidônea.

Ademais, como a autuação no trânsito decorre da situação fática que está ocorrendo no momento da ação fiscal e, naquele instante em que fora detectada a irregularidade do transporte não havia qualquer prova de que o imposto houvesse sido recolhido ou que tivesse destacado no documento fiscal, tendo em vista que o mesmo “não existia”, não se pode concordar com a tese recursal, sendo correta a exigência do imposto e da multa, consoante previsto na legislação tributária estadual.

De referência à base de cálculo apurada, cura salientar que a mesma teve por lastro o valor das mercadorias constantes no documento fiscal que as acompanhava, que serviu para materializar a infração. Diz que o documento acostado pelo contribuinte à fl. 69 fora emitido posteriormente à lavratura do presente Auto de Infração e não pode ser utilizado para fins de apuração da base de cálculo. Informa que a legislação do Estado da Bahia prevê que a mercadoria encontrada desacompanhada de documentação fiscal, se encontra em situação irregular, nos termos do artigo 911, § 2º e 3º, do RICMS/BA. E o transporte das mercadorias objeto da autuação, desacompanhadas de documentação fiscal, é fato não contestado pelo recorrente, transcrevendo os §§ 3º a 6º do artigo 40 da Lei 7.014/96.

Created with

infração. O documento colacionado aos fôlios processuais pelo recorrente (fl. 69) foi emitido apenas após a lavratura do presente Auto de Infração, pelo que não pode ser utilizado para fins de apuração da base de cálculo.

Nesse sentido, é de corriqueira sabença que a legislação do Estado da Bahia prevê que a mercadoria encontrada desacompanhada de documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea se encontra em situação irregular, em face do que preceitua o artigo 911, § 2º e 3º, do RICMS/BA.

Ora, o transporte das mercadorias objeto da autuação, desacompanhadas de documentação fiscal, é fato que, como visto, não foi contestado pelo recorrente, denotando o descumprimento da legislação tributária estadual.

Além disso, a alegação de confiscatoriedade das multas aplicadas não pode prosperar, especialmente porque os órgãos do CONSEF não têm competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos (art. 167 do RPAF/BA).

Por fim, não há que se cogitar de descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que, *in casu*, ficou igualmente caracterizado o descumprimento de obrigação principal, cabendo a exigência desta última, devidamente acompanhada da respectiva multa.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **20778.0403/09-6**, lavrado contra **FLORISVALDO MUNIZ DOS SANTOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$73.351,64**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS