

A. I. Nº - 279547.1112/07-2  
AUTUADO - NAIR PASSARELA HUNGARO  
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO VALENTINO  
ORIGEM - IFMT SUL  
INTERNET - 28/04/2010

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0074-03/10

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO REALIZADA SEM NOTA FISCAL. Exigibilidade do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável, por estar com mercadoria desacompanhada de documento fiscal. A regularidade da mercadoria encontrada deveria ser comprovada mediante apresentação da nota fiscal no momento da ação fiscal. A apreensão constitui prova material da inexistência do documento fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/11/2007, refere-se à exigência de R\$10.439,36 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em razão da divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física. Consta, na descrição do fato, que a Nota Fiscal de nº 000475, datada de 19/11/2007, foi considerada inidônea por ter sido encontrada divergência entre as mercadorias descritas no documento fiscal e aquelas apuradas na verificação física.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 57, apresentou impugnação (fls. 38 a 56), alegando que não obstante o Auto de Infração ter sido lavrado em nome de Nair Passarela Hungaro, o verdadeiro dono do veículo à época, já era o atual proprietário, Sr. Roberto Kendi Sakamoto. Pede que toda intimação relacionada ao presente PAF seja encaminhada ao procurador do contribuinte. Em seguida, o defendante diz que é uma pessoa de conduta ilibada e correta, tem como atividade empresarial o transporte rodoviário de cargas, transporta mercadorias em embalagens fechadas, não tendo acesso ao seu conteúdo, confiando na idoneidade da empresa para quem está trabalhando. O autuado pede a nulidade do presente Auto de Infração alegando que há contradição entre a indicação do dispositivo legal capitulado como infringido e a penalidade. Transcreve os arts. 209 e 219 do RICMS/BA e diz que o transportador jamais poderia ser responsabilizado pela emissão da nota fiscal, haja vista que é um documento expedido pela empresa contratante, sem qualquer participação do transportador. Diz que a indicação precisa da norma infringida e da sua respectiva norma de sanção é pressuposto de validade e constituição de qualquer obrigação ou garantia de ampla defesa e do contraditório. O defendante comenta sobre estes dois princípios, e apresenta o entendimento de que o Auto de Infração é nulo porque não cumpriu o requisito e condição de sua validade, ante a não observância do devido processo legal. Diz que é impossível exercer o contraditório, ainda que tenha apresentado defesa, sem ter conhecimento específico de qual norma legal que lhe foi cominada. Neste sentido, cita decisões do Conselho de Recursos Fiscais, transcrevendo as ementas. Alega inconstitucionalidade e ilegalidade da multa aplicada, por falta de observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Neste sentido, cita ensinamentos de tributaristas e ~~decisão do Supremo Tribunal Federal~~. O autuado salienta que, se não forem consideradas as regras de defesa e contraditório, com fundamento no princípio da concentração da defesa e da eventualidade, o cancelamento da multa, tendo em vista a inexistência de dolo ou culpa, é devidamente ensejado.

Entende que a combinação da multa não encontra tipicidade tal como foi feita, restando ilegal a sua existência. Transcreve ementa do REsp nº 494.080/RJ, e diz que, em face da inexistência de dolo, fraude ou simulação, nem qualquer prejuízo ao Erário Estadual, deve ser cancelada a multa imposta. Em seguida, o defendant comenta sobre a inaplicabilidade das normas que autorizem a aplicação de sanção tributária ao presente caso, e assegura que não houve indicação dos fundamentos de fato e de direito para a exigência do imposto. Pede a nulidade, e se assim não for o entendimento, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 66/67 dos autos, argumenta que a defesa foi interposta por pessoa sem legitimidade para postular no presente PAF e, ainda que o Sr. Roberto Kendi Sakamoto fosse proprietário do veículo na data da autuação, o Sr Francisco Batista das Chagas, motorista do veículo que transportava as mercadorias, declarou à fiscalização que o responsável pelo transporte era NAIR PASSARELA HUNGARO, e como se pode verificar nos autos, o Sr Roberto Kendi Sakamoto se identifica como eletricista e proprietário do veículo, e diz que a Sra. Nair Passarela Húngaro não deu procuração para que ninguém a representasse junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Quanto à alegação de que o transportador não tem conhecimento das mercadorias transportadas, o autuante entende que esta alegação é inepta e não o exime da responsabilidade fiscal de transportar mercadorias com documento fiscal inidôneo. Sobre o enquadramento da infração diz que esta alegação tem caráter meramente procrastinatório, tenta confundir os julgadores como se não entendesse o teor da lei, haja vista que a acusação foi feita utilizando os termos constantes na legislação. Sobre o argumento do autuado de que não emitiu o documento fiscal inidôneo, informa que a autuação não se deu pela emissão de documento fiscal, e sim por transportar mercadoria com documento fiscal inidôneo. Diz que a defesa compara o preço de resíduo de farinha de trigo descrito no documento fiscal considerado inidôneo com o preço de farinha de trigo enriquecida, mercadoria realmente encontrada no veículo transportador. Entende que o caráter confiscatório da Lei não deve ser discutido no processo administrativo. Assim o autuante assegura que, nos termos do art. 4º parágrafo único do Regulamento Processo Administrativo Fiscal, a defesa deve ser desconsiderada e o Auto de Infração ser julgado a revelia. Se a defesa for apreciada pelos julgadores que seja o Auto de Infração julgado procedente, uma vez que os argumentos da defesa são ineptos.

## VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O defendant alega que há contradição na indicação do dispositivo legal capitulado como infringido. Diz que a indicação precisa da norma infringida e da sua respectiva norma de sanção é pressuposto de validade e constituição de qualquer obrigação ou garantia de ampla defesa e do contraditório. Entretanto, não pode ser acatada a alegação defensiva, tendo em vista que não implica nulidade da autuação provável erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99. Ademais, o autuado entendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal.

Constatou que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração, refere-se à exigência de constatada mercadoria acompanhada pela Nota Fiscal de nº 000475

por ter sido encontrada divergência entre as mercadorias descritas no documento fiscal e aquelas apuradas na verificação física.

O trabalho realizado pela fiscalização tem como objetivo analisar a regularidade das operações de circulação de mercadorias realizadas pelo autuado, e sendo apurada a falta de notas fiscais ou a existência de documentos fiscais inidôneos, é lançado o imposto devido.

Por outro lado, de acordo com o art. 6º, inciso IV, da Lei 7.014/96, é responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, qualquer pessoa física ou jurídica, em relação à mercadoria que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhada de documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.

Foi alegado nas razões de defesa que embora o Auto de Infração tenha sido lavrado em nome de Nair Passarela Hungaro, o verdadeiro dono do veículo transportador, na época, já era o atual proprietário, Sr. Roberto Kendi Sakamoto. Entretanto, de acordo com a cópia do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo à fl. 16 dos autos, está comprovada em nome de Nair Passarela Húngaro a propriedade do veículo transportador, cuja placa foi consignada na Nota Fiscal objeto da ação fiscal.

O autuado também alega que o transportador jamais poderia ser responsabilizado pela emissão da nota fiscal, haja vista que é um documento expedido pela empresa contratante, sem qualquer participação do transportador. Assim, o defensor entende que a responsabilidade do transportador recai sobre a análise dos documentos fiscais que lhe são entregues junto com as mercadorias, verificando se esses documentos fiscais atendem aos requisitos formais previstos no RICMS-BA.

Quanto a esta questão, ressalto que, de acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea. Dessa forma, não é acatada a alegação defensiva de que existe ilegitimidade passiva, por ter sido consignado o transportador no pólo passivo, tendo em vista que é atribuída por Lei a responsabilidade solidária do transportador pelo pagamento do tributo quando as mercadorias forem transportadas sem documento fiscal ou com documento inidôneo.

No caso em exame, o autuante informou na descrição dos fatos que foi descrita no documento fiscal a mercadoria “resíduo de farinha de trigo”, mas foi encontrada na verificação física que a mercadoria transportada era farinha de trigo enriquecida. Portanto, a Nota Fiscal que acobertava a operação (NF 000475, fl. 09) foi considerada inidônea porque, apesar de apresentar características de que poderia estar revestida das formalidades legais, foi constatada divergência entre as mercadorias consignadas no documento fiscal e a verificação física, e o autuado deveria ter conferido a mercadoria recebida para transportar com documento fiscal apresentado.

Portanto, entendo que o documento fiscal objeto da autuação, com a irregularidade mencionada, implica sua inidoneidade, conforme art. 209, IV, do RICMS/97, ensejando a cobrança do imposto.

Quanto à apuração do imposto, a legislação estabelece que na ausência de documento fiscal, para fixar a base de cálculo poderá ser adotado o preço de pauta fiscal, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou sua similar no mercado atacadista do local de ocorrência dos fatos, conforme art. 938, inciso V, do RICMS/97. No presente caso, como se trata de mercadoria com preço fixado através de pauta fiscal, na determinação da base de cálculo do imposto exigido foi utilizado o preço de pauta, conforme indicado pelo autuante à fl. 20. Portanto, constato que o cálculo do tributo efetuado à fl. 5 do PAF está de acordo com a legislação em vigor.

Em relação à multa indicada no Auto de Infração, o defensor alega ilegalidade, apresentando o entendimento de que não houve observância da proporcionalidade e da razoabilidade.

Constato que a indicação da multa no percentual de 100% está em consonância com a previsão constante do art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei 7.014/96. Quanto à constitucionalidade, saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Entretanto, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que foi exigido o imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável, por estar com mercadoria desacompanhada de documentação fiscal.

#### **VOTO DISCORDANTE**

Em primeiro lugar há uma questão de legalidade neste caso, no tocante à base de cálculo. O lançamento em princípio é nulo porque, de acordo com a descrição feita pela própria fiscalização na Nota Fiscal Avulsa à fl. 11, a mercadoria é farinha de trigo “de baixa qualidade”, porém, paradoxalmente, a fiscalização atribuiu a essa farinha “de baixa qualidade” o preço unitário de R\$ 76,76, que é o mais elevado dentre os preços listados no instrumento à fl. 20 para as farinhas dos tipos comum e especial. Ora, não faz sentido uma mercadoria, pelo fato de ser de baixa qualidade, ter por isso de ser mais cara.

Portanto, em princípio o meu voto é pela nulidade do procedimento.

Prossigo no exame do mérito, em atenção à regra do parágrafo único do art. 154 do RPAF.

A Nota Fiscal à fl. 9 foi considerada inidônea porque o tipo de mercadoria transportada não seria aquele que foi descrito no documento fiscal.

Não concordo com essa conclusão. Pelo que consta nos autos, o que estava sendo transportado era, em essência, exatamente aquilo que foi descrito na Nota.

Na referida Nota Fiscal à fl. 9, o emitente, estabelecido no Estado de São Paulo, descreveu a mercadoria como sendo “Resíduo de farinha de trigo”, pondo em seguida a observação: “Ração animal”. No campo “Dados Adicionais” essa observação é repetida: “Produto destinado para ração animal”.

O fiscal autuante anexou à fl. 18 instrumento do Sintegra provando que, de fato, o destinatário tem como atividade econômica o “Comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação”.

E a fiscalização estadual, ao emitir a Nota Fiscal Avulsa à fl. 11, descreveu a mercadoria como sendo “Farinha de trigo de baixa qualidade”.

Para mim isto basta. A própria fiscalização se encarregou de juntar prova de que se trata de produto “de baixa qualidade” (fl. 11), ou seja, resíduo, destinado a estabelecimento varejista neste Estado que comercializa “alimentos para animais” (fl. 18).

Resíduo é o que resta, é qualquer coisa que sobra e que ainda pode ser aproveitada de alguma forma. Na linguagem de produção de alimentos, resíduo é a parte de um bem impróprio para consumo ou uso humano.

Um bem impróprio para uso humano pode eventualmente ser destinado

Analisando-se os tipos de farinha listados na peça à fl. 20, noto que existem farinhas de trigo comum, especial, pré-misturada ou aditivada, e com fermento, que podem ser acondicionadas em sacos de 50 kg, 25 kg e 1 kg ou transportadas a granel.

Note-se que não existe o tipo “de baixa qualidade”, constatado pela fiscalização, conforme descrito na Nota Fiscal Avulsa à fl. 11. Logo, concluo que o tipo “de baixa qualidade” só pode se tratar de resíduo, corroborando o que consta na Nota Fiscal.

O documento é idôneo, e o imposto é devido ao Estado de São Paulo, onde ocorreu o fato gerador.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por maioria, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279547.1112/07-2, lavrado contra **NAIR PASSARELA HUNGARO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.439,36**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/ VOTO DISCORDANTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA