

A. I. Nº - 217683.0706/10-8
AUTUADO - CMV CONSTRUÇÕES MECÂNICAS LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO EPIFÂNIO DA SILVA
ORIGEM - IFMT DAT/NORTE
INTERNET - 17.05.11

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0120-04/11

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÃO REALIZADA COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL CONSIDERADA INIDÔNEA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Elementos contidos no processo comprovam que a documentação fiscal apresentada à fiscalização de trânsito não corresponde efetivamente às mercadorias que estavam sendo transportadas. Também, corresponde a outra operação de comercialização que não a referenciada em operação anterior e indicada no documento fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 27/07/10, para exigir ICMS no valor de R\$72.480,00, acrescido da multa de 100%, pela apuração de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física das mercadorias.

Consta na descrição dos fatos que durante a abordagem no Posto Fiscal Heráclito Barreto o Sr. Rodrigo Fernando Mulder, CPF – 958.912.500-04, CNH 0189905698 condutor do veículo de Placa Cavalo JRY 1935-RS e Carreta IFL 9479-RS, transportava um KIT CABINE DE JATEAMENTO. O DANFE 7539 chave ... emitido em 20/07/10 acobertava a operação, porém descrevia o produto como sendo “parte de cabine de jateamento”. Além disso, nas informações complementares consta que a mercadoria compõe a NFE 4839 emitida em 06/04/10 (chave ...) sendo transportada separadamente, motivo pelo qual a documentação fiscal foi considerada inidônea e apreendida a mercadorias para efeito de provas da infração à legislação tributária.

O autuado na defesa apresentada (fls. 59/64), inicialmente ressalta que a defesa é tempestiva, discorre sobre a acusação de transportar mercadorias além das descritas em DANFE, com valor de R\$100.000,00 descrito como transporte de parte de cabine de jateamento, o que configuraria ilícito fiscal.

Esclarece que a fiscalização acusa ter adquirido em 06/04/10 dois produtos, quais sejam: um Kit Cabine de Jateamento e um Kit Cabine de Pintura, ambos totalizando o valor de R\$789.000,00 e vendido para outra empresa a MAX PITURAS E REVESTIMENTOS LTDA, localizada em Jaboatão do Guararapes-PE, porém, emitiu nota de valor a menor de R\$100.000,00 remetendo parte da cabine de jateamento, quando na verdade havia mais peças e produtos do que os declarados no DANFE nº 7539, cujas mercadorias foram apreendidas e, dado a negativa da fiscalização de “entregar ao motorista o Auto de Autuação, o Termo de Apreensão da mercadoria, do veículo e dos documentos do Caminhão Trator, que fazia o transporte da carga, impedindo a restituição da mercadoria” foi impetrado mandado de segurança para o qual foi deferido pelo M. M. juízo da Vara da Fazenda Pública de Paulo Afonso-BA.

Informa que a CMV CONSTRUÇÕES MECÂNICAS é pessoa jurídica de direito privado, aqui representado pelo seu sócio gerente José Fernando Diehl Vieira, que através de seus advogados apresenta defesa. A empresa atua no ramo de industrialização, comércio e representação de máquinas, ferramentas e peças, acessórios e outros equipamentos industriais, bem como a

locação de imóveis e máquinas, prestação de serviços de jateamento e manutenção industrial, reflorestamento e a participação no capital de outras sociedades.

Afirma que no dia 06/04/2010 fez uma venda de mercadorias (Kit Cabine de Jateamento e um Kit Cabine de Pintura), para a empresa MAX PINTURAS E REVESTIMENTOS LTDA, localizada em Jaboatão do Guararapes-PE, ambos totalizando o valor de R\$789.000,00 as quais foram entregues, conforme DANFE 4839 e em 20/07/2010, fez outra venda a empresa MAX PINTURAS, desta vez de parte da cabine de jateamento, no valor de R\$100.000,00 conforme DANFE 7539.

Diz que no momento da abordagem do motorista Leonardo Bueno Godinho foi apresentada a documentação necessária, inclusive o romaneio com a descrição das mercadorias, porém os prepostos fiscais fizeram apreensão e lavraram o Auto de Infração, exigindo imposto com imposição de multa. Em seguida, após contato com a empresa foi encaminhada a documentação que não foi aceita por ter sido desqualificada pela fiscalização.

Diante desta conduta, prestou queixa na Delegacia, sem saber do que tinha sido autuado, o que tomou conhecimento quanto intimado para apresentar a defesa ao CONSEF.

Entende que a fiscalização praticou condutas ilegais e ilícitas, pelos seguintes procedimentos:

- 1) Conjecturou compra de dois produtos: Kit Cabine de Jateamento e Kit Cabine de Pintura, totalizando R\$789.000,00, quando na verdade vendeu para a empresa MAX PNTURAS E REVESTIMENTOS LTDA, localizada em Jaboatão do Guararapes-PE. O DANFE 4839 se refere a uma nota de saída e não de entrada;
- 2) Vendeu a MAX PINTURAS E REVESTIMENTOS LTDA, parte de cabine de jateamento, declarando o valor de R\$100.000,00, porém a carreta da transportadora teria mais mercadorias, peças e produtos do que as declaradas no DANFE 7539, de 20/07/2010, o que configuraria ilícito fiscal de competência a ser fiscalizado pelo Estado da Bahia;
- 3) Houve a apreensão da mercadoria, do veículo, negativa de entrega do Auto de Infração, Termo de Apreensão da Mercadoria, do veículo e dos documentos do Caminhão Trator, que fazia o transporte da carga, conforme queixa registrada na Delegacia de Polícia local.

Afirma haver dois equívocos. “O Requerente não disse o que tinha a mais, e não entregou o Termo de Apreensão para comprovar o que de fato teria a mais. Como os fiscais podem alegar que havia mais mercadorias do que as declaradas sem decliná-las?”

Entende que a postura do Fisco é subjetiva e arbitrária, bem como o Fisco baiano não têm competência para tributar ou fiscalizar mercadorias comercializadas entre os Estados do Rio Grande do Sul e Pernambuco, pois não figura como remetente ou destinatário de mercadorias, nem poderia manter apreendido o veículo que se encontrava em situação regular, nem possui débitos com o Fisco Estadual baiano.

Argumenta que a apreensão de mercadorias pode ser admitida somente para o fim de autuação, mas não justifica a retenção das mercadorias pelo Fisco.

Transcreve os artigos 209 e 219 do RICMS/BA, ressaltando que o preposto fiscal “utilizou uma nota fiscal anterior, apresentada pelo motorista, para conjecturar que seria parte desta venda, quando na verdade, a mercadoria que havia sido vendida e estava sendo transportada para entrega era a do DANFE nº 7539-FL, datado de 20/07/2010, no valor de R\$100.000,00”.

Aduz que o art. 219, IX do RICMS/BA dispõe que a nota fiscal deve conter nos quadros e campos próprios, indicações do comprovante de entrega dos produtos na 1ª via; declaração de recebimento dos produtos e data; identificação do recebedor e número.

Ressalta que o § 9º do mencionado dispositivo legal dispensa estas indicações, se as mesmas constarem em romaneio, parte inseparável da nota fiscal, e obedecidos determinados requisitos.

Diz que no momento da apreensão o motorista apresentou o romaneio, com a descrição de todos os produtos, porém, os fiscais não o conferiram e nem expediram Termo de Apreensão para

afirmar o que tinha a mais, o que no seu entendimento contraria o princípio da legalidade, previsto no art. 37 da CF, sob pena de resultarem nulos os atos praticados.

Discorre sobre o citado princípio e transcreve parte de texto de doutrinadores, ressaltando que o procedimento fiscal, objetiva fiscalizar empresas para que elas paguem os tributos decorrentes de suas atividades, mas não pode ferir direitos e garantias legais.

Conclui pedindo a improcedência da autuação, por entender que de acordo com a descrição no Termo de Apreensão lavrado, não restou provado que transportasse mais mercadorias que aquelas descritas no DANFE 7539-FL, de 20/07/2010.

Indica à fl. 64 o endereço para onde devem ser encaminhadas as intimações.

O autuante presta informação fiscal às fls. 80/85, inicialmente discorre sobre a infração, faz um resumo dos argumentos contidos na defesa e passa a contestá-los, conforme passou a expor.

Partiu da premissa que a NFe 4839 acobertou uma operação de venda de um KIT DE CABINA DE JATEAMENTO ocorrida em 06/04/10, a qual não consta menção a entrega futura.

Já a NFe 7539 contém declaração inexata, ao constar nas informações complementares “mercadoria que compõe a nota fiscal 4839 emitida em 06/04/10” cujo valor indicado serviria apenas para efeito de transporte.

Afirma que se tratam de operações distintas, com pedidos de vendas números 011914 e 015385 indicadas nas citadas notas fiscais, motivo pelo qual considerou a NFe 7539 inidônea por conter declaração inexata (natureza da operação e discriminação de parte e não de todos produtos).

Informa que fez consulta no *site* da empresa vendedora e conclui que as mercadorias transportadas constituem o todo e não parte [Kit de cabina de jateamento], conforme cópias de fotografias que junta às fls. 86/100.

Diz que as provas apresentadas são robustas e a defesa não faz prova em contrário, visto que informa ter efetuado venda pela NFe 4839 que “foi concretizado (entregue)”, implicando que a informação complementar contida na Nota Fiscal 7539 de remessa das mercadorias relativo a nota fiscal anterior constitui uma declaração inexata.

Ressalta que o próprio defendente confessa que no dia 20/07/10 fez outra venda para MAX PINTURAS através do DANFE 7539, logo a natureza da operação seria de “venda” e não de “outras saídas”, além de se referir a um Kit de cabina de jateamento e não parte dele, conforme desenho esquemático e fotos tiradas.

Destaca que a base de cálculo foi constituída com base no valor indicado na Nota Fiscal 4839 e que o motorista do veículo identificado no momento da ação fiscal foi o Sr. Rodrigo Fernando Mulder, conforme documentos juntados ao processo e desconhece o Sr. Leonardo Bueno Godinho que a defesa afirma ser o motorista, qualificada no documento à fl. 75 como representante comercial, que não esteve presente na ação fiscal.

Ressalva ainda que no momento da ação fiscal foi entregue o DANFE 7539 e GNRE (fl. 9), tendo sido enviado o romaneio por email da CVM, nem ter havido autorização daquela empresa para o motorista receber o Auto de Infração, tendo o autuado tomado conhecimento da autuação no dia 04/08/10 após impetrar mandado de segurança (fls. 47/51).

Destaca que o art. 11, 1, “b” da LC 87/96 estabelece que o local de operação para efeito de cobrança do ICMS e definição do responsável em se tratando de mercadoria que se encontre em situação irregular pela falta de documento fiscal ou documento inidôneo é o local onde se encontre, o que ocorreu na ação fiscal.

Esclarece que foram apreendidos a mercadoria e os documentos fiscais para fazer prova das irregularidades. Já em relação à apreensão do veículo e caminhão trator, diz que fica por conta das ilações do defendente, bem como não foi apresentado autorização do autuado para que o

motorista transportador pudesse receber o Auto de Infração e Termo de Apreensão. Requer a procedência da autuação.

Em petição de 23/03/11 (fl. 103) foi juntada às fls. 104/109 a defesa original assinada pelo patrono do autuado e documento de substabelecimento (fl. 110) para o advogado que assinou a defesa.

VOTO

Inicialmente devo ressaltar que de acordo com os elementos contidos no Auto de Infração, no momento da abordagem a fiscalização de trânsito de mercadorias constatou transporte de um Kit de Cabine de Jateamento enquanto a nota fiscal que acobertava a operação consignava apenas partes do mencionado produto. A nota fiscal foi considerada inidônea, o que implica em transporte de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal. Neste caso, a princípio o imposto poderia ser exigido do transportador na condição de responsável solidário por conduzir mercadorias desacompanhadas de nota fiscal.

Entretanto, levando em consideração que a autuação decorre de apuração de divergência entre as mercadorias consignadas na nota fiscal emitida pelo estabelecimento autuado e o mesmo deu motivação à ocorrência da infração apontada, bem como apresentou defesa quanto ao que foi acusado, considero superada a possível atribuição da infração ao transportador. Verifico que os DAEs de pagamento do frete comprovam a vinculação da operação com o transportador, pois identificam a NFe.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em razão da apuração de divergência entre as mercadorias consignadas na nota fiscal e as que estavam sendo transportadas.

Como descrito na infração, segundo a fiscalização no momento da ação fiscal foi identificado o, transporte de um KIT CABINE DE JATEAMENTO, enquanto o DANFE 7539 que acobertava a operação descrevia “parte de cabine de jateamento”, composto da NFE 4839.

Na própria defesa, o autuado afirmou que “No dia 06/04/10 fez uma venda de mercadorias (Kit Cabine de Jateamento e um Kit Cabina de Pintura ... as quais foram entregues, conforme DANFE nº7539-FL” e “Em 20/07/10, fez outra venda à empresa MAX PINTURAS, desta vez de parte de cabina de jateamento ... conforme DANFE nº 7539-FL”.

Logo, de imediato, embora o DANFE 7539 faça referência a NFe 4839, como foi admitido pelo autuado as mercadorias objeto da autuação trata-se de outra operação de venda que não guarda correlação com a operação de venda das mercadorias consignadas na NFe 4839, fato inclusive ressaltado pelo autuante que a primeira nota fiscal indica o pedido 15.385 e a anterior o pedido 11.914 conforme indicado nas informações complementares.

Na defesa apresentada o autuado não negou que as mercadorias que estavam sendo transportadas correspondiam a um Kit Cabine de Jateamento ao invés de parte dele. Questionou apenas que os procedimentos adotados pela fiscalização foram ilegais e arbitrários (não entrega do Auto de Infração, Termo de Apreensão da mercadoria, veículo, documentos e mercadorias). Na informação fiscal o autuante esclareceu que a mercadoria e o documento fiscal foram apreendidos para constituir prova da acusação e negou ter sido apreendido veículo e documentos. Quanto à possível apreensão de bens que não são mercadorias, não deve ser discutido no Processo Administrativo Fiscal, aliás, o que foi resolvido mediante ação judicial impetrada em Mandado de Segurança (fls. 47/51).

Com relação à apreensão das mercadorias, o art. 40, § 5º da Lei nº 7.014/96 (Estadual) prevê que: “A mercadoria, bem, livro ou documento em situação irregular serão apreendidos pelo fisco, mediante emissão de termo próprio, destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato”, portanto é legal. Este procedimento fiscal pode vir a constituir um meio coercitivo para pagamento de tributos (Sumula 323 do STJ), porém em decisão proferida no julgamento da ADI Nº 395-0/SP (17/05/07) publicado no DJ de 17/08/07, a relatora Ministra Carmen Lúcia, manifestou entendimento de que o art. 167, § 7º da Constituição de São

Paulo, não constitui afronta ao art. 5º inciso XIII, da Constituição da República “A retenção da mercadoria, até a comprovação da posse legítima daquele que a transporta, não constitui coação imposta em desrespeito ao princípio do devido processo legal tributário”.

Na situação presente, tendo o Fisco do Estado constatado o transporte de mercadorias acompanhado de documento fiscal que entendeu inidôneo, há amparo legal para apreensão das mercadorias até o momento de identificar a posse dos bens.

Quanto às mercadorias objeto da autuação, verifico que o autuante juntou à fl. 10 um desenho esquemático de um Kit Cabine de Jateamento identificando oito partes e descreveu na infração que estava sendo transportado um Kit completo com valor de R\$604.000,00 tomando como referência este valor identificado na NFe 4839 (fl. 7) referenciada no citado documento, enquanto o DANFE 7539 (fl. 6) que acobertava a operação consignava apenas parte de peças totalizando R\$100.000,00.

Na defesa apresentada o autuado admitiu que não se tratava de remessa de mercadorias consignadas na NFe 4839, portanto outra operação de comercialização, porém diante da acusação de que transportava um Kit completo de cabine de jateamento e não de partes dela, apresentou um romaneio (fl. 73) o qual discrimina quantidades de 58 volumes, 97 peças, além da codificação dos itens e sua descrição (Rosca transversal, elevador de canecas, ... protetor de correia), totalizando 3.500 Kg.

Já a NFe 7539 não indica quantidade (indicou zero), nem marca, tendo indicado peso bruto e líquido zero, contrariando o disposto na legislação tributária (art. 219 do RICMS/BA) e como descrição “parte de cabine de jateamento”. O autuante juntou fotos não muito nítidas (fls. 86/100) para tentar provar que se trata de um kit e não de partes. Por sua vez o email passado pela CVM para a fiscalização (Luciana da Fontoura Vieira) informa que “também estou lhe enviando a nota fiscal de venda para ver como consta faturamento de tal item e que na observação do DANFE 7539 está referenciada [4839]”. Observo ainda, que a NFe 4839 identifica código do produto D8344 – NCM/SH 84243090, já no DANFE 7539 foi indicado código do produto 30 e NCM/SH 84243090, já o romaneio apresentado em momento posterior (fl. 73) identifica item D8344 que diferencia do código 30 e corresponde a um kit da venda anterior consignada na NFe 4839.

Diante de informações controversas, verifico que na sucessão dos fatos, a fiscalização identificou que o transportador conduzia um kit de cabine de jateamento e não de partes dela como identificado no DANFE 7539 que foi apresentado, entrou em contato com a empresa que apresentou a NFe 4839 referenciado no primeiro documento fiscal. Após a lavratura do Auto de Infração, no momento que apresentou defesa o autuado admitiu que as mercadorias objeto da autuação não tinham correlação com o documento fiscal referenciado no que foi apresentado no momento da ação fiscal, por se tratar de outra operação.

Por sua vez, o autuado afirma que se trata de partes de um kit de cabine, mas o DANFE não indica quantidade de itens, nem peso, apresentando um romaneio após a ação fiscal que identifica por código e NCM um kit e não de parte dele, sem identificar quais peças estavam sendo transportadas de modo que pudesse aferir se tratava de parte ou do todo. Concluo após a análise dos fatos e dos elementos que se apresentam no processo que no momento da ação fiscal foi identificado pela fiscalização o transporte de um Kit de Cabine de Jateamento, portanto, inidôneo o DANFE que acobertava a sua condução e correta a exigência do ICMS correspondente.

Quanto ao argumento defensivo de que o Fisco baiano não tem competência para tributar ou fiscalizar mercadorias comercializadas entre os Estados do Rio Grande do Sul e Pernambuco, observo que o art. 40, § 3º da Lei nº 7.014/96 estabelece que “A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver desacompanhada de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidôneo, como definidos em regulamento” e o art. 13, I, “b” do mesmo diploma legal determina que o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é, tratando-

se de mercadoria ou bem, “onde se encontrem, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhados de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária”.

Tal irregularidade é prevista no art. 209, IV e VI do RICMS/BA, que estabelece ser “considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que: IV - contiver declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou contiver rasura ou emenda que lhe prejudique a clareza; VI - embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude”. Portanto, ao contrário do que foi afirmado, o Fisco estadual possui competência legal para fiscalizar e tributar mercadorias que estejam sendo conduzidas no território do Estado, sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, mesmo porque há possibilidade destas mercadorias serem entregues a contribuintes localizados nesta unidade da Federação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217683.0706/10-8**, lavrado contra **CMV CONSTRUÇÕES MECÂNICAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$72.480,00**, 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, 05 de maio de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR