

PROCESSO - A. I. Nº 217683.0706/10-8
RECORRENTE - CMV CONSTRUÇÕES MECÂNICAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0120-04/11
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 12/09/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0236-12/12

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÃO REALIZADA COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL CONSIDERADA INIDÔNEA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. NULIDADE. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. Inexistência nos autos de elementos capazes de firmar, com segurança, a ocorrência da infração nos termos descritos. Configurado se tratar de operação originária do Estado do Rio Grande do Sul, em trânsito por este Estado, com destino ao Estado de Pernambuco. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário que impugnou a Decisão da 4ª JF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 27/07/2010, 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.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“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.”.

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 4ª JF, interpôs Recurso Voluntário, requerendo a improcedência do Auto de Infração e a reforma do presente acórdão.

Arguiu, preliminarmente, que a autuação estaria ferindo o princípio da legalidade, o que deveria configurar, segundo a CF/88 e a doutrina, nulos os atos praticados. Sendo assim, o presente Auto de Infração não deveria prosperar, em razão de ser improcedente, uma vez que não restou provado que o requerente transportasse mais mercadorias que aquelas descritas no DANFE nº7539-FL, datado de 20/07/2010.

De acordo com a peça recursal, o recorrente arguiu que no momento da apreensão foi apresentada toda a documentação necessária, porém os agentes fiscais argumentaram certas irregularidades e informou a apreensão do material e a expedição do Auto de Infração em epígrafe. Ressaltou que ao pedir o Auto de Infração e o Termo de Apreensão do veículo e das mercadorias, não lhe foi entregue, não sabendo, assim, sequer do que foi autuado, tomando conhecimento apenas após ter sido intimado pela CONSEF.

Suscitou que fiscais praticaram condutas consideradas ilegais e ilícitas, quando o autuaram por suposta infração de transportar mercadorias além daquelas descritas no Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica- DANFE. Informou que, com relação à compra de dois produtos em 06/04/2010, quais sejam: um Kit Cabine de Jateamento e um Kit Cabine de Pintura, esta não ocorrera, mas na verdade o que houve foi a venda dos produtos para a empresa MAX PITURAS E REVESTIMENTOS LTDA, localizada em Jaboatão dos Guararapes-PE, conforme consta no DANFE nº 4839-FL. Ainda, informou que foi autuado por transportar mais mercadorias, peças e produtos do que as declaradas no DANFE nº7539-FL, o que acarretaria um ilícito fiscal, porém não foi informado quais seriam tais mercadorias, no que constatou um subjetivismo e arbitrariedade.

Segundo o recorrente, os agentes fiscais, sendo servidores do estado da Bahia, não teriam competência para fiscalizar ou tributar as mercadorias comercializadas entre Pernambuco e Rio Grande do Sul. Além disso, não seria cabível que houvesse a apreensão do caminhão trator que transportava as mercadorias, pois não possuem competência para fiscalizar e apreender veículos no âmbito de suas atribuições, ainda mais porque o veículo se encontrava regular.

Argumentou que a Junta de Julgamento considerou os documentos apresentados inidôneos, porém afirmou que todos os dados da Nota Fiscal estavam corretos e as mercadorias transportadas eram as que estavam claramente identificadas no romaneio que acompanhava o documento fiscal, sendo impossível configurar o que seria inidôneo, uma vez que os fiscais não descreveram quais seriam as peças que estavam sendo transportadas e não constavam no documento apresentado. Informou, ainda, que a prova da autuação ter sido realizada de forma irregular, foi a liminar concedida pelo Juízo da Fazenda Pública para liberar as mercadorias, trazendo em peça recursal a jurisprudência acerca de tal questão.

Requeru assim que a autuação em combate não poderia prosperar por ser improcedente, de acordo com a sua descrição e o Termo de Apreensão lavrados, não restando provado que o recorrente estivesse transportando mais mercadorias que aquelas descritas no DANFE nº 7539-FL, datado de 20/07/2010.

Em seguida, os autos foram encaminhados para Parecer opinativo da PGE/PROFIS. De acordo com o Parecer da i. Procuradora, Dra.. Maria José Ramos Coelho, as razões recursais ratificam as mesmas teses aduzidas por ocasião de defesa inicial, devidamente examinadas, onde considerou ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão, ora recorrido. Arguiu que o Termo de Apreensão de Mercadorias foi lavrado de maneira regular e válido, e que a retenção momentânea das mercadorias transportadas com documento fiscal inidôneo não representa qualquer arbitrariedade ou ilegalidade.

Ressaltou que não há dúvida quanto ao caráter inidôneo do DANFE, tendo em vista a contradição na descrição das mercadorias e a ausência na descrição da quantidade de itens e peso, sendo, portanto, correta e cabível a exigência fiscal, nos termos dos incisos IV e VI, do art. 209 do RICMS/BA. Desta forma, o fisco da Bahia no uso de suas atribuições legais procedeu à fiscalização e tributação das mercadorias que estavam transitando em seu território com documento fiscal inidôneo.

Assim, opinou pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário.

Por fim, encaminhou o presente feito à i. Procuradora Assistente da PGE/PROFIS, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, que acompanhou integralmente o Parecer da i. Procuradora, Dra.. Maria José Ramos Coelho, remetendo o presente processo ao CONSEF para julgamento por uma das suas Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª JJF que manteve a autuação. Compulsando os autos, verifico que o cerne da questão em tela está em se averiguar se, de fato, o recorrente remeteu, via transporte terrestre, um *Kit de Cabine de Jateamento* ou *partes dele*. Segundo reza na NF-e que acobertava a operação, trata-se apenas de partes do mencionado produto destinado ao estado de Pernambuco. O referido documento fiscal foi considerado inidôneo pelo autuante e foi lavrado Termo de Apreensão e Ocorrências em 27/07/2010, no Posto Fiscal Heráclito Barreto/Ba, às 14h e 15min. Logo em seguida, às 15h e 51min lavrou-se o Auto de Infração, ora em análise. Assim, a autuação se deveu a divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas.

No que tange a possível atribuição da infração ao Transportador, na condição de responsável solidário, entendo que esta questão ficou superada, haja vista que o próprio recorrente na condição de estabelecimento remetente que deu motivação à ocorrência da infração apontada, reconheceu ser o sujeito passivo da lide e apresentou defesa inicial e posterior Recurso Voluntário, ora apreciado.

Quanto à arguição contida na peça recursal de que a autuação e os procedimentos fiscais a ela inerentes foram ilegais e arbitrários, entendo que, de fato, houve a apreensão não só dos produtos como de veículo e documentos, como se depreende no próprio teor de passagem da Decisão da 4ª JJF, a seguir transcrita: “*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)*”, bem como à luz do teor do documento da ação judicial impetrada em Mandado de Segurança (fls. 47/51).

Entendo que a acusação fiscal de que a mercadoria transportada era um Kit Completo de Cabine de Jateamento e não partes dele falece de convencimento, pois não se tem nos autos nada que corrobore esta tese que ensejou a imputação fiscal.

Na NF-e que acobertava os produtos tem-se o código do produto como nº 30 e a sua descrição como “PARTE DE CABINE DE JATEAMENTO”, além da indicação da CFOP 6.949 e NCM/SH 84243090 e indica o romaneio que está acostado a fl. 73. Por este romaneio, citado inclusive na peça recursal, estão discriminado as quantidades, além da codificação dos itens e sua descrição e carga.

A Decisão da e. 4ª JJF traz no seu bojo o argumento de que o autuante **tentou demonstrar** que o produto apreendido correspondia a um Kit Completo de Cabine, para tanto “*juntou fotos não muito nítidas (fls. 86/100) para tentar provar que se trata de um kit e não de partes*” (grifo meu).

Com a devida vênia da e. JJF, não consigo vislumbrar nos autos os documentos capazes de comprovar, de forma clara e precisa, que os produtos transportados divergiam do que constava na NF-e que os acobertava, de modo que se pudesse garantir, sem qualquer dúvida, a inidoneidade do documento fiscal. Ademais, vale aduzir que a própria apreensão de veículo e documentos extrapola as atribuições legais do Fisco Estadual.

Desse modo, não identifico nos autos elementos capazes de firmar, com segurança, a ocorrência da infração nos termos descritos no Auto de Infração. Por conseguinte, entendo que este Auto de Infração não pode prosperar por está eivado de insegurança e falhas no procedimento fiscal.

Assim sendo, à luz do que preceitua o inciso IV, alínea “a” do art. 18, c/c com o art. 39 do RPAF/99, o presente Auto de Infração é NULO ante os vícios apontados. Entretanto, considerando o que preceitua o parágrafo único do Art. 155 do RPAF/BA, adentro ao mérito da autuação, tendo em vista a flagrante insubsistência do Auto de Infração, vez que se trata de operação originária do Estado do Rio Grande do Sul, em trânsito neste Estado, com destino no Estado de Pernambuco. Nesta condição, não existe imposto a ser reclamado pelo Estado da Bahia.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 217683.0706/10-8, lavrado contra **CMV CONSTRUÇÕES MECÂNICAS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

MARIA DULCE HANSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS