

A.I. Nº - 217449.1204/11-7  
AUTUADO - UNILOG – UNIVERSO LOGÍSTICA LTDA.  
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO  
ORIGEM - IFMT/NORTE  
INTERNET - 04.07.2012

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0144-01/12**

**EMENTA:** ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É legal a exigência do imposto do transportador das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceitado transportar mercadorias acompanhada de documentação fiscal que não é a exigida para a operação. Restou comprovado que o transportador aceitou transportar mercadorias devolvidas depois de cinco meses de ingressadas no estabelecimento remetente acobertadas com mesma nota fiscal de entrada, contrariando o previsto no art. 651 do RICMS/BA. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 14/12/2011, lança crédito tributário de ICMS no valor de R\$67.511,34, acrescido da multa de 100%, pela “Utilização de documento que não é o legalmente exigido para a operação – FALTA DE NFe PARA ACOBERTAR A OPERAÇÃO”

Constam no campo “Discrição dos Fatos” “[...] constatamos irregularidades no veículo placa HDI8739/JXS5100 que transportava 36 PALLET de tampas TP Ouro 202 570/440 com o Danfe nº 36.308 chave nº 2611.0629.5064.7400.3964.5500.9000.0363.0815.3593.3265 de 30/06/2011 utilizada em 09/12/2011 conforme DACTE 17544, para acobertar operação de trânsito de mercadoria de São Paulo para o Estado de Pernambuco. Sendo considerada INIDÔNEA por não ser o documento legalmente exigido para acobertar a operação da mercadoria. Sendo a operação de São Paulo com destino a Pernambuco desacobertada de Documentação Fiscal Legalmente exigida. Em desacordo como o Ajuste do SINIEF, Ato COTEPE e Legislação Estadual. E, como prova do ilícito fiscal foi feita a apreensão das Mercadorias e o Danfe.”

Integram os autos as cópias das seguintes documentações: Termo de Ocorrência Fiscal, fls. 04 e 05, Termo de Apreensão e Ocorrências, fls. 06 e 07, Documento Auxiliar de Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACT, fls. 08 e 09, Danfe nº 36.308, fl. 10, DOC DE RECEBIMENTO DE CARGA/COMPROMISSO DE ENTREGA, fls. 11 e 12, e Certificados de Qualidade, fls. 13 a 19.

O autuado, por meio de advogado legalmente constituído, apresenta defesa, fls. 28 e 42, na qual inicialmente transcreve a infração que lhe fora imputada no Auto de Infração, em seguida, alinha os seguintes argumentos com o objetivo de refutar a acusação fiscal.

Diz inferir da análise dos fatos narrados no Auto de Infração que a fiscalização afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e razoabilidade, que regem a atividade da administração pública.

Ressalta que o autuante embasado em meras alegações, entendimentos controversos e viés interpretativo, cometendo abuso de autoridade, lavrou o Auto de Infração.

Relata que quando estava seguindo em direção ao Estado destinatário com a mercadoria descrita na nota fiscal anexa, fls. 61 e 62, ao transitar pelo Estado da Bahia, foi retido no Posto de Fiscalização em 13 de dezembro de 2011, tendo sido apreendida a mercadoria e lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências. Destaca que os documentos anexados dão conta de que toda a operação foi realizada com observância da disciplina contida no Decreto de Regência – RICMS/SP e PE.

Esclarece que ocorreu uma operação comercial de vendas de mercadorias de uma empresa remetente instalada e inscrita legalmente em Cabo de Santo Agostinho - PE, conforme Danfe nº 036.308 para outra empresa adquirente, legalmente constituída e instalada na cidade de Agudos no Estado São Paulo. Acrescenta que por motivos de entraves comerciais, referidas mercadorias não foram recebidas pelo destinatário e estavam sendo devolvidas para o remetente em Pernambuco.

Consigna que a comprovação de legalidade tanto da empresa remetente quanto da adquirente, afirma-se pela consulta ao Sintegra da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Pernambuco e São Paulo, fls. 39 e 40, como também pela consulta à Secretaria da Receita Federal, fls. 41 e 42, onde se percebe com total clareza os registros cadastrais de ambas as empresas, sem ressalva alguma, o nome, atividade comercial, endereço, Inscrição Estadual e CNPJ/MF, em nada divergindo dos dados constantes no Danfe da respectiva Nota Fiscal de Venda acobertadora da respectiva operação. Arremata, aduzindo a fácil constatação através dos carimbos na face e verso do referido Danfe apostos pelos diversos Postos de fiscalização por onde transitou a referida carreta com ditas mercadorias.

Frisa que o cerne da autuação ao considerar inidôneo o Danfe, por não ser o documento legalmente exigido para acobertar a operação da mercadoria, a acusação fiscal, não tem amparo legal algum.

Depois de reproduzir os artigos 209, 636 e 654 do RICMS/BA, assevera que conduziu sua operação de transporte de acordo com o escorreito entendimento contido nas normas que regem a matéria, fartamente demonstrada e que apresentou todos os documentos ao fisco.

Destaca que a operação se deu devidamente acobertada por documento fiscal idôneo e que o autuante não analisou o conjunto de informações contidas nos documentos fiscais, inclusive a declaração do não recebimento da mercadoria pelo destinatário no verso da referida Danfe.

Sustenta que se caracteriza ilegal o ato praticado pelo autuante, quando apreende indevidamente a mercadoria, impedindo o exercício do direito de ampla defesa constitucionalmente garantido - CF – art. 5º - LV, e para corroborar sua assertiva transcreve fragmento da Súmula 323 do STF, e reproduz ementas de diversas decisões prolatadas por Tribunais Estaduais.

Afirma que os documentos anexados demonstram que toda a operação foi realizada com observância da disciplina contida nos Decretos de Regência– RICMS/SP e PE e que as mercadorias estavam em trânsito por este estado, não tendo praticado qualquer operação comercial ou mercantil em território baiano, e nem infringiu dispositivos da Legislação Tributária do Estado da Bahia.

Observa que não existem dispositivos legais na Legislação Tributária do Estado da Bahia que se prestem a dar guarida a presunção de fato gerador, no caso presente, que enseja incidência de impostos devidos a este Estado, em decorrência das alegações da fiscalização, pois, as empresas remetente e destinatária são legalmente inscritas e instaladas em Agudos (SP) e Cabo de Santo Agostinho em (PE), sendo que, o fato gerador ocorreu em benefício dos Estados de origem e destinatário, estando as mercadorias simplesmente em trânsito pelo Estado da Bahia.

Aduz que inexistem nos autos o menor indício de fraude ou sonegação, as mercadorias estão perfeitamente acobertadas e os documentos fiscais se encontram em absoluta consonância com a legislação de regência.

Ressalta que a retenção imotivada da mercadoria é ato que não guarda consonância com o RICMS e nem com os princípios norteadores do direito tributário e que a mercadoria estava acobertada por documentos fiscais idôneos e a apreensão tem o único fim de compelir o pagamento de imposto e multa não previstos no regulamento.

Por fim, invoca o Princípio da Legalidade que exige da atividade administrativa, na imposição de obrigações e sanções em razão de eventual descumprimento, o abrigo da lei para observar que o enquadramento legal atribuído pela fiscalização, norma esta não aplicável ao presente caso, pois o remetente situa-se em São Paulo e o destinatário em Pernambuco, e que as mercadorias não foram produzidas na Bahia, não ocorreria operação de comercialização de mercadorias ou produtos, estavam legalmente acobertadas por remetente e destinatário não localizados na Bahia, puramente em trânsito pelo estado da Bahia, por isso, diz entender que a norma invocada somente se aplicaria caso ocorresse alguma operação comercial cuja competência tributária estaria nos limites territoriais Baiano. Arremata, asseverando que sem muito esforço de raciocínio, infere-se que não se aplicaria as disposições contidas no art. 209 do RICMS/89, e 42 da Lei 7.014/96.

Conclui requerendo a insubsistência da Auto de Infração.

O autuante ao prestar informação fiscal, às fls. 33 a 42, depois de reproduzir sinteticamente as alegações da defesa, articula as seguintes ponderações.

Afirma que não é verdadeira a alegação do autuado ao arguir improcedência do auto de infração por atipicidade e falta de enquadramento legal, pois de acordo com o art. 11 “b” da LC 87/96 se tratando de mercadoria ou bem, em situação irregular, pela falta de documento fiscal ou quando acompanhada de documentação fiscal inidônea, para efeito de cobrança do imposto, o fato gerador ocorre no local da operação ou da prestação, na presente situação ocorreu no Estado da Bahia.

Esclarece que a Nfe é disciplinada pelo Protocolo 10/07 e suas alterações, Ajuste do SINIEF e Atos Cotepe, e que nesses dispositivos legais estão contidos todos os requisitos e obrigatoriedades para emissão, circulação e cumprimento de obrigações principal e acessória da Nfe e do Danfe.

Informa que o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - Danfe, é de emissão obrigatória e deve acompanhar as mercadorias no trânsito, e serve para indicar qual a nota fiscal eletrônica se refere àquela mercadoria em trânsito, sendo utilizado para efetuar o registro de passagem pelos Postos Fiscais, através do código de barra ou 44 numerais (com digitação), constantes no referido documento. Afirma que a fiscalização tenta inibir a reutilização do mesmo Danfe, por meio de carimbo.

Frisa que a ação fiscal foi realizada de acordo com as normas legais atinentes aos Princípios Tributários Constitucionais e que não cometera afronta alguma aos Princípios da Administração Pública.

Assevera que a Bahia é competente para exigir o imposto e seus acréscimos legais, conforme disciplina o Art. 11 “b” da LC 87/96, pois se tratando de mercadoria ou bem, em situação irregular, pela falta de documento fiscal ou quando acompanhada de documentação fiscal inidônea, para efeito de cobrança do imposto, o fato gerador ocorre no local da operação ou prestação e na presente ação fiscal foi o Estado da Bahia.

Redargui que a alegação da autuada de que o documento foi emitido dentro das formalidades legais, não exclui o uso fraudulento da utilização de documento sem validade jurídica, não sendo o legalmente exigido para a operação, conforme disciplina o Ajuste do SINIEF 07/05, cláusula quarta §1º, combinado com o §2º, que considera inidôneo o documento fiscal ainda que formalmente regular tiver sido emitido ou utilizado com dolo, fraude, simulação ou erros, que possibilite a terceiros o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem.

Esclarece que o Danfe em questão foi emitido em 30/06/2011 e foi utilizado simulando um retorno em 09/12/2011, tendo uma declaração da transportadora que a mercadoria estava sendo devolvida ao remetente por desacordo do pedido. Acrescenta que na declaração não consta data, concluindo-se que houve o retorno no mês de julho de 2011, possibilitando que a empresa emitisse a nota fiscal de entrada, para lançá-la no livro de entrada, devendo o retorno ser feito direto para o remetente dentro de um prazo razoável. Arremata que a utilização do Danfe com mais de 5 meses descaracteriza a operação de retorno, pela perda da validade jurídica do Danfe para acobertar a operação.

Destaca que se tratando de devolução deveria ser efetuada de acordo com o previsto nos Art. 651 a 653 do RICMS/BA, e assevera que o Documento utilizado pela autuada não é o legalmente exigido para a operação, pela perda da sua validade jurídica, além de faltar poucos dias para completar 180 dias, limite este de consulta ao registro de controle de emissão de Danfe. Prossegue esclarecendo que ao realizar a operação sem a documentação fiscal legalmente exigida, restou caracterizada a utilização de documento inidôneo para acobertar a operação.

Diz que consoante a alegação da autuada que foi eleita para figurar como sujeito passivo por imposição e abuso de autoridade, não é verdadeira, pois, os artigos 123 e 124 do CTN tratam da responsabilidade por solidariedade, bem como o art. 5º da LC 87/96, o art. 39, I, ”d” do RICMS/BA e a Súmula 03 do CONSEF,” contemplam a atribuição a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões concorrerem para o não recolhimento de tributos”

Observa que a alegação do autuado de abuso de autoridade não existe nos autos, tendo em vista não haver nos autos prova documental alguma de tal ocorrência. Destaca ainda que foi assegurado ao autuado o seu direito de liberação das mercadorias através de Fiel Depositário conforme Requerimento de transferência de Depositário, fl. 20, sendo as mercadorias liberadas no dia 14/12/2011, conforme Termo de Liberação, fl. 26, possibilitando a ampla defesa e o contraditório.

Discorda da alegação da defesa de que a ação fiscal foi efetuada sem amparo legal, uma vez ter restado demonstrado que a ação fiscal está embasada na LC 87/96, no Ajuste do SINIEF e Atos Cotepe, não havendo nenhuma afronta ao princípio da territorialidade, conforme dispositivo legal expresso na LC 87/96 art. 11 “b”.

Esclarece que o Protocolo ICMS 42/91, disciplina que os estados signatários na sua Cláusula primeira, Cláusula segunda, I, II, III, pode promover fiscalização integrada, apreensão das mercadorias oriundas ou destinadas aos Estados signatários do presente protocolo em situação irregular de acordo com a Legislação do Estado autuante, ficando assim descaracterizada a alegação da autuada de “simplesmente transitando pela Bahia” e reforçando o disposto na LC/87/96 sem afronta alguma ao Princípio da territorialidade. Acrescenta que fazem parte deste Protocolo os Estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Sergipe, Paraíba, Pernambuco e outros, sendo, portanto, o local da ocorrência do fato gerador, aquele onde as mercadorias estiveram irregulares por falta de documentação ou documentação inidônea.

Informa que o Ajuste do SINIEF 07/05, cláusula quarta §1º, combinado com o §2º, considera inidôneo o documento fiscal, ainda que formalmente regular, que tiver sido emitido ou utilizado com dolo, fraude, simulação ou erros, mesmo que possibilite a terceiros o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem. Prossegue assegurando que não houve nenhuma afronta a Súmula 323 do STF, tendo em vista que as mercadorias foram apreendidas como prova do ilícito fiscal, e foram liberadas para o Fiel Depositário, possibilitando a Defesa Administrativa.

Por fim, assevera que não ocorreu ofensa alguma ao Princípio da Legalidade previsto no art. 150, I, da C.F., tendo em vista que toda ação foi desenvolvida de acordo com os Princípios Tributários Constitucionais.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

#### VOTO

Constato o que o Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário do ICMS, por ter sido constatado pela fiscalização de trânsito a circulação de mercadorias acobertada por documento fiscal que não é legalmente exigido para a operação.

Depreende-se nitidamente dos elementos integrantes dos autos, precipuamente do Danfe nº 36.308, fl. 10, que acobertava as mercadorias transportadas pelo autuado no dia 13/12/2011 às 15:38, com destino a cidade de Cabo de Santo Agostinho no Estado de Pernambuco e que foram apreendidas pela fiscalização. O referido Danfe fora emitido em 30/06/2011 em operação de venda de mercadorias pela empresa, Rexam Bever. Can South America S.A., localizada em Cabo de Santo Agostinho, para a empresa, Ambev Brasil Bebidas LTDA, localizada no município de Agudos no Estado de São Paulo. Por ocasião da apreensão, as mercadorias que retornavam para o remetente originário encontravam-se acompanhadas do DACT nº 17544, fls. 08 e 09, emitido em 09/12/2011 e do referido Danfe, em cujo verso consta a informação de “A mercadoria está sendo devolvida ao Remetente [...] O motivo da Recusa é: Desacordo entre mercadoria solicitada x mercadoria enviada.”.

Assim, das circunstâncias fáticas acima enunciadas, emerge o questionamento central da presente lide. Ou seja, se o Danfe utilizado na operação, com o indicativo em seu verso de se tratar de devolução de mercadorias por recusa do destinatário, preenche os requisitos legais preconizados de idoneidade para acobertar o retorno das mercadorias ao remetente.

O art. 636 do RICMS/BA que cuida “Da Devolução e do Retorno de Cargas” preceitua em sua alínea “b” que “a mercadoria retornará acobertada pela Nota Fiscal originária, atendido o disposto no §1º do art. 654.”. Por seu turno, o §1º do art. 654 elenca os motivos da não entrega das mercadorias ao destinatário: “recusa de recebimento, falta de localização do endereço, mercadorias fora das especificações, estabelecimento fechado ou inacessível ou outro qualquer, devendo a mencionada observação ser feita [...]. Ora, da intelecção conjunta dos artigos 636 e 654 do RICMS/BA resta patente que esses dispositivos regulamentares se aplicam, exclusivamente, nos retonos aos remetentes de mercadorias que não ingressaram no estabelecimento do destinatário nas circunstâncias que enumera.

No presente caso, as mercadorias saíram do estabelecimento remetente em 04/07/2011, fl. 11, com destino à Agudos – SP, por via rodoviária e somente foram devolvidas no dia 09/12/2011, fl. 09, com saída do estabelecimento originalmente destinatário, conforme consta no DACTE, fl. 09, ou seja, decorridos mais de cinco meses da saída do estabelecimento remetente em Cabo de Santo Agostinho - PE.

Portanto, remanesce evidenciado de forma inequívoca, que as mercadorias ingressaram no estabelecimento para o qual foram destinadas. Tanto é assim, que somente depois de transcorridos cinco meses as mercadorias foram apreendidas no percurso do retorno.

Assim, resta explicitada a questão fundamental que caracteriza a circunstância é que ocorreu foi a devolução das mercadorias, objeto do Auto de Infração, ou seja, elas foram remetidas do estabelecimento no qual haviam ingressadas, e por consequência deveriam ter sido registradas na escrita fiscal do destinatário. Desse modo, se as mercadorias ingressaram no estabelecimento que as está remetendo em devolução, verifica-se, de plano, a inaplicabilidade dos art. 636 combinado com o art. 654, §1º, ambos do RICMS/BA.

As devoluções de mercadorias que tenham ingressadas no estabelecimento destinatário são regidas pelo art. 651 do RICMS/BA a seguir reproduzido:

*Art. 651. Ao devolver mercadorias que tenham entrado no estabelecimento, a qualquer título, o contribuinte ou pessoa obrigada à emissão de Nota Fiscal emitirá este documento, com destaque do imposto, se for o caso, a fim de dar curso às mercadorias, no trânsito, e para possibilitar a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento de origem, quando admitido, mencionando, nele, o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, conforme o caso, sobre o qual será calculado o imposto.*

*Parágrafo único. Na devolução, devem ser tomadas como base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário, a não ser que este tenha sido emitido de forma irregular, com imposto destacado a mais, hipótese em que a base de cálculo e a alíquota a serem aplicadas serão aquelas que deveriam ter sido utilizadas corretamente.*

Como se depreende da leitura do dispositivo acima, a emissão de nota fiscal para acobertar as operações devolução de mercadorias que tenham entrado no estabelecimento é exigência legal claramente preconizada.

Assim, como é patente que o cerne deste julgamento é determinar - à luz do artigo 209 do Regulamento do ICMS da Bahia -, se os documentos fiscais que acompanhavam as mercadorias apreendidas preenchiam, ou não, os requisitos exigidos pela legislação tributária do Estado da Bahia para a operação em curso, nesse diapasão, concluo que sob esse aspecto, está correta e fundamentada a ação fiscal que culminou com a autuação do transportador aceitou transportar mercadorias utilizando documento que não é o legalmente exigido.

Convém ainda salientar que a responsabilidade tributária por solidariedade do transportador está prevista no na alínea “d”, do inciso I do art. 39 do RICMS/BA, a seguir reproduzida, donde se depreende que uma das imposições para a sua configuração, é a aceitação para transporte de mercadorias acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

*“Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito*

*I - os transportadores em relação às mercadorias:*

[...]

*d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;”*

Por fim, ao contrário do que aduziu o impugnante em sua defesa, ficou comprovado nos presentes autos que, a ação fiscal transcorreu em perfeita consonância com os princípios que regem o Direito Tributário e a de acordo com a legislação tributária aplicável, restando assim caracterizada a infração 01.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217449.1204/11-7**, lavrado contra **UNILOG – UNIVERSO LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$67.511,34**, 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, 13 de junho de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR