

PROCESSO	- A. I. N° 232195.0582/12-6
RECORRENTE	- EPST - EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0168-04/13
ORIGEM	- IFMT - DAT/METRO
INTERNET	- 19/12/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0392-12/13

EMENTA: ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Não foi comprovada nos autos a legalidade do procedimento fiscal, pelo Fisco. Falta de elementos que determinem com segurança a infração. Apesar de configurar a nulidade do lançamento, se avançou ao mérito ante a flagrante improcedência da acusação. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário formalizado contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0168-04/13, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$19.074,00, acrescido de multa de 100%, em decorrência da imputação de entrega de mercadoria em local ou usuário diverso daquele indicado no documento fiscal.

O autuado apresentou impugnação, através de advogado legalmente constituído (fls. 24 a 27), tendo o autuante, às fls. 53/57, prestado a informação fiscal.

Sequenciando, a Junta de Julgamento Fiscal julgou a lide administrativa, em Decisão unânime, na seguinte literalidade:

“Inicialmente constato que o presente Auto de Infração preenche os requisitos para a sua validade, posto que lavrado com obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99.

O presente AI exige ICMS em decorrência de o trânsito de mercadorias ter detectado a entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal. Consoante a descrição fática, “entrega a destinatário diverso. DANFE de entrada nº 015, emitido por José Lourenço Denys ME, CNPJ 14.362.734.0001-25, contribuinte estabelecido no Estado de Mato Grosso do Sul, tendo como natureza da operação “compra de mercadoria para comercialização”. A mercadoria constante no DANFE retro mencionado é composta de produtos eletrônicos diversos, arrematados em leilão da Receita Federal, e foram encaminhados para a Capital Bahiana e entregues em local diverso do indicado no DANFE acima citado. O documento fiscal, aqui informado, não se encontra relacionado no “Manifesto de Carga”, cópia anexa, emitido pela transportadora. Integram este processo o DANFE nº 015, emitido por José Lourenço Denys ME, CNPJ 13 362 734 0001 25.

Na memória de cálculo de fl. 08, consta a observação de que o valor da mercadoria informada no DANFE de “entrada” nº 15, serviu de base de cálculo para a lavratura do Auto de Infração. Ademais, o DAE Documentação de Arrecadação Estadual de fl. 11, comprova o pagamento do ICMS das mercadorias adquiridas em leilão, a favor do Estado do Mato Grosso do Sul.

Contudo, as mercadorias estavam transitando pelo território baiano, e foram detectadas em situação irregular no momento em que a fiscalização, no posto fiscal, percebeu que o peso do caminhão era superior ao declarado nas notas fiscais, como o relato do auditor fiscal:

“o peso das mercadorias transportadas pelo veículo de placa policial KDT 6300 transportada pelo motorista Luiz Galvão da Silva estavam a maior do que o somatório do peso constante do manifesto de carga e desta forma separou o veículo e iniciou a conferência da carga. Ao constatar a existência de alguns volumes fora dos documentos fiscais apresentados à equipe começou a conferir a carga e elaborar a planilha. O motorista condutor ao perceber que a quantidade das mercadorias não batia com as mercadorias transportadas apresentou posteriormente um envelope que estava escrito “particular”. Ao abrir constatou que nele estava contido uma fotocópia de um DANFE de nº 015.

Após a conferencia das mercadorias transportadas constatou que a quantidade e a descrição dos produtos que estavam a maior nos volumes era a mesma constante na cópia do referido DANFE. Este é o motivo de ter desprezado a planilha elaborada e da ausência da “existência de conferência física das mercadorias”.

Quanto á base de cálculo, foi considerado, corretamente, o valor constante do DANFE para a apuração do ICMS devido ao Estado da Bahia.

Consoante a legislação baiana, a mercadoria em trânsito, no Estado, sem a respectiva nota fiscal denota irregularidade passível de cobrança do ICMS antecipado, posto que a presunção é de que a mercadoria será comercializada neste território sem o pagamento do imposto. É o que dispõe o art. 40, § 3º “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. “

Ademais, o local da operação, para os efeitos de cobrança do imposto e da definição do contribuinte ou responsável, tratando-se prestação de serviço de transporte, onde se encontre o transportador, quando em situação irregular, pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhada de documentação fiscal inidônea.

Quanto à autuação realizada em nome da transportadora, segundo a Lei nº 7.014/96, art. 6º, “b” e “d”, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores, em relação às mercadorias procedentes de outra unidade da Federação sem destinatário certo ou para estabelecimento desabilitado no cadastro; ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhada de documentação fiscal inidônea.

Outrossim, respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que tenham concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou dela se beneficiarem. (Art. 40, § 1º Lei 7.014/96).

Destaco que a multa sugerida pela fiscalização está correta, consoante a previsão da Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso IV, “c” “quando a mercadoria for entregue ou o serviço for prestado a destinatário ou usuário diverso do indicado no documento fiscal”.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Irresignado, o autuado interpôs Recurso Voluntário (fls. 82/86), apresentando um breve relato do desenvolvimento da ação fiscal, para, em seguida, concentrar a argumentação recursal na nulidade do processo administrativo fiscal por cerceamento do direito de defesa e inobservância do devido procedimento legal, sustentando que a Decisão proferida merece ser reformada, porquanto se encontra em dissonância com a realidade fática e documental acostada aos autos.

Asseverou ser a autuação fundamentada nos fatos adiante reproduzidos:

“Entrega a destinatário diverso. DANFE de entrada nº 015, emitido por José Lourenço Denys ME, CNPJ 14.362.734 0001 25, contribuinte estabelecido no Estado de Mato Grosso do Sul, tendo como natureza da operação “compra de mercadoria para comercialização”. A mercadoria constante no DANFE retro mencionado é composta de produtos eletrônicos diversos, arrematados em leilão da Receita Federal, e forma encaminhados para a Capital Bahiana e entregues em local diverso do indicado por José Lourenço Denys ME, CNPJ 14.362.734 0001 25.”

Afirmou o recorrente que a infração indicada no Auto estava consignada como: “entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.”, tendo demonstrado, na defesa, que o Auto de Infração era, efetivamente, nulo, pois o cerne da questão se concretizava no fato de que a referida Nota Fiscal (nº 015), por engano, foi grampeada junto com a da mercadoria que estava sendo transportada.

Outrossim, asseverou que, no momento da ação fiscal, as mercadorias efetivamente transportadas se encontravam acompanhadas do CTRC e da Nota Fiscal correspondente e foram entregues ao destinatário indicado no documento fiscal.

A par disso, aduziu inexistir qualquer declaração de conferência física das mercadorias relacionadas na Nota Fiscal nº 015 por ocasião da ação fiscal, bem como comprovação de que as mercadorias (que sequer foram transportadas) tivessem sido entregues a destinatário em endereço diverso, destacando não ser depositária das mercadorias, posto não ter ocorrido qualquer contato com elas, nesse contexto, representando flagrante equívoco dos agentes fiscais.

Ressaltou que a Decisão recorrida se amparou, unicamente, na informação fiscal de fls. 53 a 57, desprezando os argumentos da defesa, sendo de bom alvitre dimensionar que o autuante, ao prestar a informação, incorreu em flagrante erro, ao relatar que:

“... Ao constatar a existência de alguns volumes fora dos documentos fiscais apresentados a equipe, começou a conferir a carga e elaborar a planilha. O motorista condutor ao perceber que a quantidade de mercadorias não batia com as mercadorias transportadas apresentou, posteriormente um envelope que estava escrito “particular”. Ao abrir constatou que nele estava contido uma fotocópia de um DANFE de nº 015.”.

Daí, assegurou que tal alegação do autuante não era condizente com a realidade do ocorrido na oportunidade da ação fiscal, porquanto inexistente qualquer irregularidade de peso e, muito menos, a “apresentação de envelope” pelo motorista, já que a nota fiscal nº 015 estava, inexplicavelmente, grampeada à de nº 526, transportada através do CTRC nº 804672, fato comprovado pela declaração do autuante, Sr. Wellington Santos Lima, na correspondência encaminhada à empresa no mesmo dia, 14/05/2012, conforme cópia anexada (fl. 86), declarando que o referido documento era cópia autêntica, encontrando-se o original com o recorrente.

Disse que seria o procedimento correto do autuante reconhecer ter ocorrido flagrante equívoco ao considerar transportadas mercadorias, tão somente, por identificar uma nota fiscal equivocadamente grampeada junto com outra nota fiscal.

De outra parte, frisou a existência, na informação fiscal, do reconhecimento de que não ocorreu, no momento da apreensão, a conferencia física “... Este é o motivo de ter desprezado a planilha elaborada e da ausência da ‘existência da conferencia física das mercadorias’ ...”.

Assim, afirmou ter restado configurada a evidente contradição entre o documento emitido de próprio punho assinado pelo agente autuante e a informação fiscal redigida após 10 (dez) meses da ação fiscal, disso resultando inválida a informação fiscal, em seus argumentos e a demonstração de que, efetivamente, não ocorreu o transporte e tampouco a entrega a destinatário diverso, referente à Nota Fiscal nº 015, tampouco os “...produtos eletrônicos diversos, arrematados em leilão da Receita Federal, e foram encaminhados para a Capital Bahiana e entregues em local diverso do indicado no emitido por José Lourenço Denys ME, CNPJ 14 362 734 0001 25”.

Portanto, aduziu que outra solução não haveria senão a de reformar a Decisão recorrida, a qual se encontra totalmente amparada na informação contestada, e, por consequência, reconhecida a nulidade do Auto de Infração ou, sucessivamente, a sua insubsistência.

De outra parte e por cautela processual, porquanto inocorrentes quaisquer das hipóteses elencadas no Auto de Infração, no tocante à penalidade proposta, argumentou ser ela excessiva, sendo evidente que a imposição de multa tão elevada no sistema econômico em que se vive atualmente, fugiria a realidade da capacidade contributiva do contribuinte, princípio consagrado na Carta Magna.

Transcreveu, como fundamento, Decisão do STF afastando a multa confiscatória.

Por último, contestou a imposição do recolhimento do tributo pelo recorrente, em primeiro por ser este indevido pela transportadora que não é no caso o sujeito passivo da obrigação tributária, requerendo de logo seja direcionado para o contribuinte conforme Nota Fiscal nº 015, sobretudo por não ter ocorrido o transporte, hipótese que afasta a possibilidade jurídica da aplicação da penalidade.

Requeru que seja totalmente procedente o Recurso apresentado, sendo anulado o Auto de Infração, ou sendo outro o entendimento, que seja o mesmo julgado insubstancial, improcedendo o feito fiscal.

VOTO

Consoante detalhadamente relatado, o Auto de Infração epigrafado imputa ao contribuinte o cometimento de uma infração à legislação do ICMS, tendo a Primeira Instância decidido pela Procedência da autuação, o que gerou o inconformismo do sujeito passivo, concretizado mediante Recurso Voluntário, visando promover a reforma do julgado.

Do exame das peças processuais constata-se ter o recorrente concentrado a sua tese recursal na nulidade do lançamento, sob o fundamento de que a nota fiscal (DANFE 015) que serviu de base para apurar a imputação estava, por engano, grampeada junto com a nota fiscal da mercadoria efetivamente transportada.

Com efeito, o decisório da 4ª Junta de Julgamento Fiscal rejeitou a preliminar de nulidade entendendo que o auto preenche os requisitos para sua validade, posto que lavrado em obediência aos ditames do art. 39 do RPAF.

O cerne da questão se estratifica na comprovação da existência do serviço de transporte das mercadorias que estavam discriminadas no referido documento fiscal, nesse passo, razão assistindo ao autuado, conforme se demonstra a seguir.

Assim, encontra-se presente uma questão de nulidade do procedimento para apuração de irregularidade no trânsito de mercadorias, pois não se confirmam a existência de elementos que determinem com segurança o cometimento da infração, porquanto a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação indicam ter o autuante efetuado o lançamento tributário de ofício, contendo uma série de inconsistências que acarretam a fragilidade do procedimento adotado na ação fiscalizadora.

Analisados os elementos informativos que compõem a sequência adotada pelo autuante na ação fiscal, observa-se que consta, à fl. 06 dos autos, um documento intitulado “Termo de Apreensão de Mercadoria e Documentos”, onde não foi colhida a assinatura do detentor das mercadorias no momento da autuação, nem tampouco o Termo de Depósito se encontra devidamente assinado pelo depositário.

Ressalte-se, ainda, que não foi acostado aos autos um Termo de Conferencia Física das mercadorias estando, apenas no documento de apreensão, indicado “mercadorias diversas constantes no DANFE nº 015...” o que acarreta a dúvida da presença das mercadorias indicadas neste DANFE, no momento da ação fiscal, fato que sempre foi contestado pelo autuado.

Portanto, posicione-me no sentido de existir, no caso versado, vício insanável que fulmina o Auto de Infração, posto que presentes procedimentos incorretos na ação fiscal, principalmente o descumprimento, pelo Fisco, da confirmação da presença das mercadorias, requisito principal para a imputação, o que, por si só, ensejaria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida e, de igual sorte, acarretando prejuízo ao pleno exercício do contraditório, por gerar insegurança jurídica.

Registre-se ser a regra do § 1º do art. 18 do RPAF inaplicável ao caso em discussão, porquanto tal norma apenas admite o saneamento do Auto de Infração na hipótese de incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais.

Pari passu, apesar de restar configurada a nulidade da autuação, o lançamento também é flagrantemente improcedente.

De fato, a Decisão de primeira instância julgou procedente a autuação, tomando como base a informação fiscal prestada pelo agente fiscal, *verbis*:

“Contudo, as mercadorias estavam transitando pelo território baiano, e foram detectadas em situação irregular no momento em que a fiscalização, no posto fiscal, percebeu que o peso do caminhão era superior ao declarado nas notas fiscais, como o relato do auditor fiscal:

‘o peso das mercadorias transportadas pelo veículo de placa policial KDT 6300 transportada pelo motorista Luiz Galvão da Silva estavam a maior do que o somatório do peso constante do manifesto de carga e desta forma separou o veículo e iniciou a conferencia da carga. Ao constatar a existência de alguns volumes fora dos documentos fiscais apresentados a equipe começou a conferir a carga e elaborar a planilha. O motorista condutor ao perceber que a quantidade das mercadorias não batia com as mercadorias transportadas apresentou posteriormente um envelope que estava escrito ‘particular’. Ao abrir constatou que nele estava contido uma fotocópia de um DANFE de nº 015.

Após a conferencia das mercadorias transportadas constatou que a quantidade e a descrição dos produtos que estavam a maior nos volumes era a mesma constante na cópia do referido DANFE. Este é o motivo de ter desprezado a planilha elaborada e da ausência da “existência de conferência física das mercadorias”.

Tal relato, efetuado pelo agente fiscal, se contradiz com o documento de fl. 87, anexado pelo recorrente, relativa à “correspondência” manuscrita enviada para a empresa, no mesmo dia da ação fiscal, pelo próprio Sr. Wellington Silva, autuante, dimensionando: “*Esta Nota Fiscal veio anexa a uma outra,...ilegível) CTRC é de nº 804672. Maiores esclarecimentos entrar em contato através do Tel: 31176550/51, procurar Washington Bahia ou Wellington Lima.*”.

Além do mais, o fulcro da acusação é a entrega de mercadorias em local diverso daquele consignado no documento fiscal. Entretanto, este fato não se confirma, já que as mercadorias, conforme relatado pelo próprio autuante, estavam em trânsito, não sendo flagrada sua entrega para terceiros.

Nesse contexto, em que todos os elementos dos autos se mostram insuficientes para que o Fisco comprove a existência física das mercadorias e, consequentemente, a prestação do serviço de transporte delas, dúvidas inexistem de que se encontra configurada a improcedência da autuação por responsabilidade solidária do transportador, o qual não pode ser apenado por descumprimento de uma obrigação que não tem o lastro principal referente à prestação do serviço de transporte de mercadorias.

Concludentemente, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando IMPROCEDENTE o presente 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 232195.0582/12-6, lavrado contra **EPST - EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS