

PROCESSO - A. I. Nº 125344.0271/12-5
RECORRENTE - OCEANAIR LINHAS AEREAS S/A. (AVIANCA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0268-02/13
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 02/04/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0046-12/14

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DE TERCEIROS COM DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada, uma vez que o documento fiscal apresentado tem como destinatário empresa localizada em Florianópolis/SC e seria entregue em local ou a usuário diverso do indicado no documentos fiscal, ou seja, seria entregue no Estado da Bahia. Constatado o transporte de mercadorias de terceiros, acompanhadas de documentação fiscal inidônea, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo ao autuado a condição de responsável solidário. Não acolhida as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que confirmou integralmente o lançamento fiscal, condenando o autuado ao pagamento de ICMS no valor histórico total de R\$7.208,33, acrescido da multa de 100%.

O Auto de Infração lavrado em 25/10/2012 decorre de uma infração única que acusa o oro recorrente de haver procedido à entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Lê-se no campo descrição dos fatos:

“Em data, hora e local acima referido, no exercício de minhas funções fiscalizadoras, constatamos a(s) seguinte(s) irregularidade(s): MERCADORIAS ACOMPANHADAS DA NOTA FISCAL 67693, CONSIDERADA INIDONEA PARA A OPERAÇÃO.

A PRESENTE NOTA FISCAL ESTA DESTINADA A EMPRESA F. FERREIRA SOLUÇÕES INFO LTDA, SITUADA NO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS - SANTA CATARINA. ENTRETANTO ESTÁ SENDO ENTREGUE NO ESTADO NA BAHIA AO SR. ROBERTO LUIS FERREIRA DANTAS, RG 02515116-93 - BA DE 27/08/2010.

A APREENSÃO DAS MERCADORIAS E DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL FOI EFETUADA COMO PROVA MATERIAL DA INFRAÇÃO A LEGISLAÇÃO DO ICMS.”

Da apreciação das razões de defesa e das informações fiscais, os membros da 2ª JJF, à unanimidade, decidiram pela procedência do Auto de Infração, julgando integralmente subsistentes a infração acima descrita, tudo com fundamento nas razões expostas no voto do Relator da Decisão recorrida, cuja transcrição se faz, como segue:

VOTO

A acusação fiscal de que cuida o processo faz referência a exigência de imposto, em razão do autuado na condição de transportador ter aceitado para transporte a mercadoria objeto da lide, acobertado pelo DANFE nº 67693 (fl. 11), considerado inidôneo, com fulcro no artigo 44, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, por considerar que ocorreu entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal, conforme Termo

de Ocorrência Fiscal nº 125344.0078/12-0, fls. 04 e 05.

De acordo com o artigo 44, da Lei nº 7.014/96, in verbis:

“Art. 44. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

.....

II - inidôneo o documento fiscal que:

.....

f) embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;”

Na análise de tudo o que consta nos autos, verifico que a ação fiscal transcorreu no Posto Fiscal Aeroporto, em 25/10/2012, cuja mercadoria apreendida vinha da cidade de Barueri/SP acobertada pelo DANFE nº 67693 (fl. 11), emitido em 09/10/2011, por Ingenico do Brasil Ltda., tendo como destinatário o contribuinte F. Ferreira Soluções Info Ltda., localizado na cidade de Florianópolis, e a mercadoria apreendida no Estado da Bahia, no Posto Fiscal Aeroporto, e encontrava-se em poder do transportador autuado.

Nestas circunstâncias, o transporte da mercadoria se fazia de forma irregular, pois estava acobertado por documento fiscal destinado a uma pessoa, e o Conhecimento Aéreo Nacional nº 23.963 (fl. 09), constava destinatário diverso do indicado no documento fiscal, tornando-o inidôneo para a operação.

O autuado não negou a ocorrência, porém, defende a idoneidade do documento fiscal, por entender que o Conhecimento Aéreo Nacional nº 23863, por ele emitido, consta o real recebedor da mercadoria, localizado no Estado da Bahia, e junta à fl. 51, o DANFE nº 10, datada de 23/10/2012, contendo destinatário na cidade de Salvador, para comprovar o alegado.

Não acolho esta alegação. A obrigação de verificar os documentos fiscais que acobertam a operação não se restringe apenas a análise dos requisitos formais previstos no RICMS, cabendo competência ao transportador para também averiguar se o documento fiscal utilizado reflete fielmente o negócio jurídico subjacente firmado entre o remetente e o destinatário, e sobretudo se a operação corresponde fielmente com o documento fiscal.

De acordo com o art. 39, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 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, verifica-se que a legislação atribui a responsabilidade solidária ao transportador quando recebe e transporta para entrega, mercadorias acompanhadas de documentação fiscal considerada inidônea em razão de não corresponder com a operação de circulação.

Ressalto que no Termo de Ocorrência Fiscal nº 125344.0089/12-0, consta que as mercadorias apreendidas foram: TERMINAIS ELAVON – 1,00 – Coj., conforme Declaração que acompanhava o conhecimento aéreo, diferindo das constantes no documento fiscal anexado à fl. 11. Já o DANFE nº 10, fl. 51, apresentado na defesa, não tem correlação com a mercadoria apreendida, pois foi emitido em 23/10/2012, posterior à emissão do Conhecimento de Transporte Aéreo nº 23863, fl. 50, que foi emitido em 22/10/2012. Tudo isso, reforça a conclusão de que o documento fiscal que acompanhava a mercadoria é inidôneo, não se prestando para acobertar o transporte da mesma.

Nestas circunstâncias, restando caracterizada a infração, qual seja, o transporte de mercadoria acobertado por documento fiscal inidôneo, e de acordo com o artigo 39, I, “d”, da Lei nº 7.014/96, na condição de transportador, o autuado, é o responsável solidário pelo pagamento do imposto por antecipação e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito.

Quanto a determinação da base de cálculo, não assiste razão ao autuado em sua alegação de que a mesma não está demonstrada nos autos. Consta à fl. 16, a planilha de cálculo, cujos valores das mercadorias apreendidas correspondem exatamente com os valores constantes no documento fiscal que acompanhava a mercadoria, e o cálculo está correto, porquanto obedeceu à legislação tributária.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, colacionado às fl. 74 a 78, o contribuinte, de plano, diz da tempestividade do seu Recurso, reiterando o seu entendimento de que o Auto de Infração deve ser cancelado.

Diz do cabimento do Recurso Voluntário e seus efeitos, citando o art. 151, III, do CTN.

Cuidando da inidoneidade do documento fiscal, de início, nega que tenha entregue as mercadorias que deram azo à autuação em local diverso do indicado em documento fiscal. Aduz

que a teor do Conhecimento Aéreo de nº 23863, de sua emissão, o destinatário e recebedor das mercadorias é o Sr. Roberto Luis Ferreira Dantas, com endereço no Estado da Bahia.

Com respeito ao remetente diz que foi “... informado corretamente no documento fiscal emitido pela Impugnante, procedeu à emissão do documento fiscal eletrônico de nº 10 (documento anexo da Impugnação apresentada), tendo transmitido o mesmo para o ambiente nacional da nota fiscal eletrônica em 23/10/2012, conforme DANFE anexo ...”, entendendo que não há documento fiscal inidôneo, também não havendo nem lhe cabendo a responsabilidade solidária. Cita a doutrina, concluindo que “... o fisco deve provar tudo aquilo que alega...”.

Com respeito ao valor do imposto acrescido da multa que lhe é exigido, diz que é abusivo, conquanto trata-se de remessa de bem em comodato, operação não sujeita a incidência de ICMS, também aduzindo que nessa condição, não houve a circulação jurídica da mercadoria, nem mesmo tem natureza econômica, no que redundaria na ilegalidade da cobrança pretendida do imposto.

Referindo-se à base de cálculo do imposto, diz que ultrapassa o efetivo valor dos bens transportados. Afirma que o valor dos bens não ultrapassa R\$9.000,00, enquanto que o autuante utilizou como base de cálculo o montante de R\$42.401,96, o que redundaria na insubsistência do Auto de Infração.

Ressalta que “pela regra constitucional que rege a cobrança do ICMS, eventual imposto apenas poderia ser cobrado pelo Estado de origem do bem, uma vez que o destinatário do mesmo não é contribuinte do imposto”.

Atacando trecho específico da Decisão recorrida, afirma que “não pode incidir no presente caso o disposto no art. 39, I, “d” da Lei nº 7014/96, dispositivo que indica a solidariedade entre o contribuinte e transportador pelo transporte de mercadorias sem documentação fiscal, pois, em própria contradição da autoridade julgadora quando da análise da Impugnação, confessa que a oro recorrente apresentou a documentação fiscal correta, mas que havia erro no manifesto de carga, o que, a contrario sensu da norma”. Nesse diapasão, entende que havendo documentação fiscal para a mercadoria transportada, como no caso em tela, não haveria que se falar em imposição tributária por solidariedade ao Recorrente, empresa transportadora, pois, tal imposição implicaria em grave lesão a Direito seu.

Por derradeiro, pugna pelo acolhimento do seu Recurso Voluntário para que seja declarado nulo o presente Auto de Infração.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª JFJ deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o Recurso Voluntário a combater a Decisão que julgou procedente a infração que acusa a oro recorrente de haver procedido à entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Em apertada síntese, a tese recursal repousa sobre o argumento de que a acusação fiscal é improcedente dado que o documento que acoberta a operação de transporte, aí entendido o Conhecimento Aéreo Nacional nº 23863, de sua própria emissão, supre as exigências legais, ao passo em que indica corretamente o expedidor e o destinatário das mercadorias. Avançando na sua tese, também aduz erro na determinação da base de cálculo.

Em sede de preliminar, ainda que pouco objetiva, o recorrente vem aos autos dizendo que é nulo o Auto de Infração porque a sua manutenção implicaria em grave lesão a direitos que são seus, aí entendido que o Auto de Infração não preenche os requisitos para a sua adequada formação, vez

que teria fundamento fático em suposta entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Quanto às nulidades suscitadas, ainda que por via oblíqua, vê-se que nenhuma razão assiste à Recorrente. Começando pela construção do lançamento por via do Auto de Infração, há que se registrar que com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, não remanescem dúvidas quanto ao fato de que estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, também merecendo registro que os demonstrativos elaborados pelo fiscal e devidamente levado ao conhecimento do Sujeito Passivo, contemplam e fundamentam as acusações fiscais contidas na peça acusatória.

Quanto a eventuais ofensas aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, verifico que todos os passos processuais foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao recorrente, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases processuais, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna, merecendo registro que os papéis de trabalho (demonstrativos) amiúdam os detalhes que se prestam a dar esteio às acusações fiscais embasadas em informações prestadas pela próprio recorrente.

Analisando especificamente a preliminar de nulidade suscitada em relação à lavratura do Auto de Infração, consubstanciada no fato de que a oro recorrente não deveria figurar no polo passivo da lide, vejo que nenhuma razão lhe assiste, primeiro porque a DANFE da NF-e 67693 (documento que acoberta a operação, ainda que de remessa em comodato), tem como destinatário das mercadorias *F. Ferreira Soluções Info Ltda.*, que tem endereço em Florianópolis. Segundo porque é inconteste a responsabilidade do transportador em verificar se o documentos fiscal atendem perfeitamente à legislação, sobretudo quanto ao destino da mercadoria, por óbvio, sob pena de ser responsabilizado, por solidariedade, a rigor da legislação fiscal específica, já citada no voto de primo grau. Terceiro porque a Lei nº 7.014/96 em seu art. 6º, determina, em situações idênticas às do caso em apreço, a condição de responsável solidário pelo pagamento de imposto e seus acréscimos.

De outra banda, com respeito ao conhecimento de frete, denominado Conhecimento Aéreo Nacional nº 23863, apenas espelham a operação de transporte de mercadorias destinadas à pessoa estranha ao destinatário das mesmas mercadorias constantes do DANFE da NF-e 67693, o que, *in fine*, determina que a oro recorrente assumiu o risco de fazer transporte e entrega de mercadorias em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal, em clara infração à legislação de regência da matéria, o que lhe impõe a responsabilidade do pagamento do imposto, por solidariedade, como transportador. Nessa circunstâncias, entendo que é irrelevante a natureza da operação (comodato), pois, a imposição legal tem o fim de exigir o imposto em razão de flagrante descumprimento de obrigação fiscal que envolve documento fiscal inidôneo, imprestável a acobertar a operação em apreço, considerando o fato de que, indiscutivelmente, mercadorias foram entregues em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Quanto ao argumento de que a base de cálculo do imposto está equivocada, vejo que a alegação recursal não guarda qualquer relação com a verdade dos fatos, haja vista que o autuante cuidou de fazer a determinação precisa, fl. 16, do valor de referência para a exigência fiscal, tudo consubstanciado nos valores de cada mercadoria constante do DANFE de fl. 11 dos autos.

Isto posto, considerando que resta a claro o cometimento da infração fiscal e que as razões recursais não têm o condão de elidi-la, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **125344.0271/12-5**, lavrado contra a **OCEANAIR LINHAS AÉREAS S/A. (AVIANCA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.208,33**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTÔNIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS