

PROCESSO - A. I. N° 095188.0310/13-0
RECORRENTE - ISIDRO ARAÚJO SOUZA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0047-02/14
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 18/08/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0209-11/14

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRANSPORTE DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Mercadorias acobertadas por documento fiscal [NFe] emitido antes do início da ação fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Reformada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99, com vistas a reforma da Decisão proferida que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 24/09/13, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, exigindo ICMS no valor de R\$7.274,64, acrescido da multa de 100%, sob acusação de utilização de transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Ocorrência Fiscal (docs. fls. 03-A e 03-B), descrevendo: “APREENSÃO DE DUZENTAS (200) CAIXAS DE AVEIA FLOCOS FINO/MARCA/QUAKER, CADA CAIXA CONTÉM 28 UNIDADES DE 200G, CEM (100) CAIXAS DE FARINHA DE AVEIA/MARCA/QUAKER, CADA CAIXA CONTÉM 28 UNIDADES DE 200G, DUZENTAS (200) CAIXAS DE AVEIA FLOCOS REGULAR/MARCA/QUAKER, CADA CAIXA CONTÉM 28 UNIDADES DE 200G, DUZENTAS (200) CAIXAS DE TODDYNHO TRADICIONAL, CADA CAIXA CONTÉM 27 UNIDADES DE 200MI, CEM (100) CAIXAS DE ACHOCOLATADO/PÓ/MAGICO/21611, CADA CAIXA CONTÉM 42 UNIDADES DE 200G e CEM (100) CAIXAS DE ACHOCOLATADO PÓ MÁGICO 21609, CADA CAIXA CONTÉM 24 UNIDADES DE 400G, CONFORME DESCritos EM UM FORMULÁRIO EMITIDO PELA A EMPRESA PONTO DISTRIB. DE ALIMENTOS IMP e EXP. LTDA, ANEXO AO PRESENTE TÉRMO DE OCORRÊNCIA FISCAL, TRANSPORTADOS PELO O VEÍCULO DE PLACA POLICIAL-JNW2336, CONDUZIDO PELO O SR. JOSUÉ SANTANA CARDOSO, PORTADOR DA CNH/REGISTRO N°01254280164 e CPF N°122.710.985-72, TRANSPORTANDO MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.”

A 2ª JJF na Decisão proferida inicialmente ressaltou que o lançamento foi impugnado por Ponto Certo Distribuidora de Alimentos Importação e Exportação Ltda., IE nº 65.710.020 NO, que tem legitimidade para figurar no pólo passivo da obrigação tributária (art. 4º do RPAF/99 e art. 913 do RICMS/97), na condição de remetente das mercadorias, apesar de não ter ficado com a guarda das mercadorias, como consta no Termo de Ocorrência Fiscal e Apreensão que indicou como fiel depositário o Sr. Clóvis Souza Azevedo, conforme consta nos autos (SIPRO 196539/2013-9 - fls. 10 a 12), o defendant solicitou a transferência de depositário das mercadorias.

Rejeitou a nulidade suscitada sob o argumento de falta de previsão legal, por entender que o Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades, indicando o contribuinte, montante do débito, natureza da infração, fundamentada em Termo de Ocorrência Fiscal e respectivos documentos, ao teor das disposições contidas no RPAF/BA. No mérito apreciou que:

No mérito, de acordo com o Termo de Ocorrência Fiscal nº 095188.0252/13-0, fls. 03-A e 03-B, que fundamenta a autuação, foi constatado, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, o transporte das mercadorias descritas no Termo de Apreensão à fl. 08, sem documentação fiscal, sendo exigido o imposto do autuado na condição de transportador.

Saliente que o Termo de Ocorrência Fiscal serve como elemento de prova de que realmente as mercadorias, no momento da abordagem fiscal, não se faziam acompanhar da respectiva documentação fiscal, inclusive estava apenas com uma relação sem valor fiscal (fl. 07), ou seja, um documento extra-fiscal.

Na defesa o autuado justificou que é de praxe ao chegar ao destino, o caminhão para entrega das mercadorias encontrar fila para descarregar, ficando aguardando, sendo que, o ajudante para auxiliar o condutor, desceu do veículo e dirigiu-se ao conferente da loja para solicitar autorização do recebimento e posteriormente a colocação do veículo na fila de entrega, momento em que chegou a fiscalização e solicitou a documentação fiscal, que não foi entregue por se encontrar em mãos do ajudante.

Quanto às razões defensivas, não vejo como acatar a alegação de que o caminhão para entrega das mercadorias encontrou fila para descarregar, ficando aguardando, e que, o ajudante para auxiliar o condutor, desceu do veículo e dirigiu-se ao conferente da loja para solicitar autorização do recebimento e posteriormente a colocação do veículo na fila de entrega, visto que, houve o flagrante das mercadorias desacompanhadas da respectiva documentação fiscal. Além do mais, na defesa o deficiente apresenta dois DANFEs (182702 e 182703) que, se considerados conjuntamente, não correspondem com as mercadorias apreendidas.

Quanto a base de cálculo do imposto constante na Memória de Cálculo, fl. 09 e no Demonstrativo de Débito, fl. 02, esta foi apurada tomando por base os preços constantes no documento extra fiscal que acompanhava as mercadorias (fl. 07) emitido por Ponto Certo Distribuidora de Alimentos Importação e Exportação Ltda, e portanto, comprovado a origem dos preços adotados.

Cumpre observar que não tem sentido a informação do autuante de que não poderia ser exigido o ICMS por se tratar de mercadorias que já tiveram a sua fase de tributação encerrada, pois em momento da peça defensiva o deficiente fez alegação neste sentido.

Ressalto, inclusive, que o autuado em momento algum de sua peça impugnatória contestou a informação constante no complemento da acusação fiscal, de que as mercadorias estavam desacompanhadas de documento fiscal, e consequentemente, que os DANFEs foram apresentadas posteriormente à ação fiscal. Assim, foi correto o procedimento da fiscalização em não acolher dita documentação fiscal, haja vista que o trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal.

Nesta circunstância, concluo que os argumentos defensivos não são capazes para elidir a presunção de legitimidade da autuação, e restando caracterizada a infração, qual seja, o transporte de mercadoria desacobertada do respectivo documento fiscal, 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, não havendo porque se falar que houve conduta irregular da autoridade fiscal, bem assim de aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, suscitados na peça defensiva.

Apreciando a alegação defensiva de que a multa de 100% é exorbitante, deixando a entender que seria confiscatória, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas, por estar a referida multa prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

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

No Recurso interposto (fls. 72/81) o recorrente ressalta inicialmente a sua tempestividade, a legitimidade de postulação já reconhecida pela 2ª JJF, fato já apreciado no Acórdão CJF nº 0476-12/07 que trata da mesma matéria, e foi objeto de anulação do Auto de Infração.

Reconhece que em determinados momentos confundiu a indicação de números de DANFEs e de NFe, o que não anula o equívoco cometido pela autuação, visto que os mesmos foram emitidos em momento anterior ao da apreensão das mercadorias, fato incontrovertido.

Diz que como já alegado na defesa, as mercadorias seriam entregues ao destinatário J.S. DE ANDRADE COM. ALIM., conforme DANFEs anexos, e ao chegar ao destino o caminhão foi colocado na firma para descarregar, aguardando autorização, foi abordado pela fiscalização que não aceitou a apresentação dos DANFEs das NFe emitidas que se encontrava com o “funcionário que trabalhava junto ao condutor do veículo”, o qual tinha se dirigido ao conferente da empresa.

Ressalta que as mercadorias apreendidas estavam devidamente acompanhadas das notas fiscais 182.702 e 182.703 (fls. 38 e 39), que foram emitidas em data anterior à autuação, ou seja, em 23/09/2013 e 24/09/2013 às 08h46min, anteriores à data da lavratura do Auto de Infração que ocorreu em 24/09/2013 às 13:33 hs.

Entende que houve cerceamento do direito de defesa, por não tomar ciência da informação fiscal da defesa, culminando em inobservância do devido processo legal, cujo ato deve ser invalidado.

No mérito, cita a Súmula 473 do STF e parte de texto de tributarista, bem como o artigo 42, § 1º da

Lei Estadual nº 6.763/75, que trata de conduta irregular na apreensão de mercadorias e também o art. 143 da Lei nº 8.112/90 que trata da forma obrigatória de apuração de irregularidades, sem discricionariedade administrativa para análise de conveniência ou oportunidade.

Manifesta que na situação presente houve abuso de poder da autoridade fiscal, que configura crime, excesso de poder ou desvio de finalidade, o que não pode ser desconsiderado.

Afirma ter agido de boa fé e não pode ser desconsiderada a apresentação das notas fiscais, no momento da abordagem do veículo, ao teor dos artigos 140 e 142 do RPAF/BA, que não tendo sido contestadas devem ser admitido como verdadeiras, se o contrário não resultar do conjunto de provas, havendo apenas presunção de irregularidade por parte do autuante.

Quanto à multa aplicada de 100%, afirma ser descabida ao teor do artigo 112 do Código Tributário Nacional (CTN), por ausência de embasamento e suporte, diante da falta de materialização do fato gerador, existência de motivos reais, com base no disposto no art. 142, § Único do mesmo diploma legal, em obediência aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, disciplinados no art. 37 da CF.

Discorre sobre os mencionados princípios, inclusive o da tipicidade cerrada, e requer a nulidade do Auto de Infração, por não haver segurança quanto da sua lavratura, visto que os DANFEs e NFe apresentados no “momento da chegada do caminhão a inspetoria” e também a sua improcedência, em razão dos documentos fiscais terem sido emitidos em momento anterior ao da apreensão da mercadorias.

Por fim, caso não seja atendido, requer a aplicação do permissivo legal do art. 53, § Único da Lei 6.763/75, “que autoriza o cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória”, ou a sua redução, nos limites máximos possíveis.

A PGE/PROFIS foi dispensada de emitir Parecer em conformidade com o disposto no art. 136, “b” item 3 do RPAF/BA (valores inferior a R\$100.000,00).

VOTO

Inicialmente, quanto à nulidade suscitada sob o argumento de que houve cerceamento do direito de defesa, por não ter sido cientificado da informação fiscal sobre a impugnação inicial, observo que o art. 126 do RPAF/BA prevê a produção da informação fiscal acerca das razões do impugnante e o § 7º determina que “*se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo*”.

Logo, na situação presente, não tendo sido aduzidos fatos novos ou anexado novos demonstrativos, não há previsão regulamentar para dar ciência da informação fiscal, motivo pelo qual rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

No mérito, o Auto de Infração acusa exigência de ICMS relativo ao transporte de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, conforme Termo de Ocorrência Fiscal.

Na defesa inicial o contribuinte alegou que no momento que o caminhão se encontrava na fila para fazer a entrega das mercadorias (descarregar) foi abordado pela fiscalização, mas que a nota fiscal que consignava as mercadorias objeto da autuação se encontrava com o ajudante do condutor do veículo, que tinha descido e se dirigido ao conferente da loja.

Por sua vez, o autuante informou que conforme consta no Termo de Apreensão, ao abordar o veículo transportador constatou que o mesmo estava efetuando “*transporte de mercadorias SEM DOCUMENTO FISCAL, apenas com uma relação sem valor fiscal, (fl. 7)*” (fl. 52), tese que foi acolhida na Decisão proferida pela 2ª JJF fundamentando que “*houve flagrante das mercadorias desacompanhadas da respectiva documentação fiscal*” (fl. 59).

Inicialmente devo ressaltar que em diversas decisões proferidas por este Conselho, a exemplo do Acórdão CS 0032-21/09 “*o trânsito irregular de mercadorias não se corrige pela ulterior*

apresentação de documento fiscal". Entretanto, na situação presente, pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- a) O Termo de Ocorrência Fiscal e Auto de Infração (fls. 1 e 4) indicam que a base de cálculo foi apurada *CONFORME DESCritos EM UM FORMULÁRIO EMITIDO PELA EMPRESA PONTO DISTRIB. DE ALIMENTOS IMP e EXP. LTDA, ANEXO AO PRESENTE TÉRMO DE OCORRÊNCIA FISCAL;*
- b) O mencionado formulário foi juntado à fl. 7, o qual foi emitido pela empresa Ponto Distrib. de Alimentos Imp. & Exp. Ltda., sendo que o mesmo relaciona três notas fiscais emitidas contra três empresas diferentes, sendo que a NFe nº 182702 indica como destinatário a J.S. DE ANDRADE COMERCIAL DE ALIM.
- c) Todas as mercadorias que estão relacionadas no formulário à fl. 7 e que foram objeto da autuação por estarem desacompanhadas de documentação fiscal, estão consignadas na NFe nº 182702, cujo DANFE foi juntado à fl. 38.

Conforme fundamentado no voto discordante proferido por um dos julgadores da primeira instância, a NF-e nº 182.702, destinada ao contribuinte "J. S DE ANDRADE COMERCIAL DE ALIMENTOS"; foi emitida em 23/09/2013 às 20:41 hs e deu saída no dia 24/09/2013 (fl. 38), cuja descrição dos produtos coincidem integralmente com as mercadorias objeto de apreensão, relacionadas no Termo de Ocorrência Fiscal, lavrado em 24/09/13 às 11:47 hs (fl. 4).

E ainda que, tendo a NFe sido emitida e transmitida para o Sistema de Dados da Receita Federal e da SEFAZ, o condutor das mercadorias deve portar o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) correspondente à NF-e, para efeito de consulta a partir da "Chave de Acesso".

Dessa forma, concluo que a fiscalização procedeu corretamente fazendo a apreensão das mercadorias, diante da não apresentação no momento da abordagem, do DANFE correspondente a NFe 182702, conforme previsto no art. 90 do Decreto nº 13.780/12, que determina:

Art. 90. É obrigatório o uso do Documento Auxiliar da NF-e (DANFE), conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, para acompanhar o trânsito das mercadorias ou facilitar a consulta dos documentos fiscais eletrônicos.

Porém estando a mesma relacionada no formulário de "PRESTAÇÃO DE CONTAS – ESPELHO ENTREGA" (fl. 7), o conjunto probatório trazido ao processo demonstra coincidência entre as mercadorias consignadas na nota fiscal, indicação do número no formulário e coerência entre a data da emissão do documento fiscal, data da saída e da entrega das mercadorias.

Assim sendo, nesta situação específica considero que a NF-e nº 182.702 acobertava a operação de saída das mercadorias objeto da autuação e improcedente a infração apontada.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, reformando a Decisão de PROCEDENTE para a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **95188.0310/13-0**, lavrado contra **ISIDRO ARAÚJO SOUZA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS