

A. I. Nº - 95188.0310/13-0
AUTUADO - ISIDRO ARAÚJO SOUZA
AUTUANTE - EMANOEL NASCIMENTO DA SILVA DANTAS
ORIGEM - DAT/METRO
INTERNET - 14.04.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-02/14

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRANSPORTE DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatado o transporte de mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo ao autuado a condição de responsável solidário. Infração caracterizada, ante o flagrante de transporte de mercadorias sem o documento fiscal respectivo. Rejeitada a preliminar de nulidade e não apreciada a alegação de que a multa é confiscatória. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/09/2013, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, refere-se a exigência de R\$7.274,64 de ICMS, 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).

Em complemento consta: “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 MÂGICO 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 TÊRMO DE OCORRÊNCIA FISCAL, TRANSPORTADOS PELO O VEÍCULO DE PLACA POLICIAL-JNW2336, CONDUZIDO PELO O SR. JOSUÉ SANTANA CARDOSO, PORTADOR DA CNH/REGISTRO Nº01254280164 e CPF Nº122.710.985-72, TRANSPORTANDO MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.”

Foram dados como infringidos os artigos 6º, inciso III, alínea “d” e inciso IV; 34, inciso VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014/96 c/c com o artigo 38, inciso I, e artigo 101, do RICMS/2012.

Às fls. 17 a 28, o contribuinte Ponto Certo Distribuidora de Alimentos Importação e Exportação Ltda, IE nº 65.710.020 NO, interpõe defesa, frisando em preliminar que tem legitimidade para figurar no pólo passivo da obrigação tributária, amparado no artigo 4º do RPAF/99 combinado com o artigo 913 do RICMS/97. Alega que o Acórdão CJF nº 0476-12/07 proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, e que trata da mesma matéria, e foi objeto de anulação do Auto de Infração, tendo sido provido o recurso que interpôs.

Em sequência, invocando o princípio da ampla defesa e do contraditório, impugnou o lançamento registrando que houve equívoco da fiscalização, pois as mercadorias apreendidas estavam devidamente acompanhadas das notas fiscais nº 000.182.702 e 000.182.703 (fls. 38 e 39), as quais, diz que foram emitidas em data anterior à autuação, ou seja, em 23/09/2013 e 24/09/2013 às

08h46min, respectivamente, anteriores à data da lavratura do Auto de Infração que ocorreu em 24/09/2013 às 13:33 hs.

Visando esclarecer os fatos, alega que o transporte de mercadorias quando chega ao seu destino final, quer seja, para realizar as entregas destes produtos, primeiro se faz necessário atendendo a exigência da empresa a receber tais mercadorias que haja obrigatoriamente a conferência dos pedidos destes produtos para autorização do recebimento.

Alega que tais mercadorias seriam entregues ao destinatário J.S. de Andrade Comercial de Alimentos sito à Avenida Cardeal Avelar Brandão Villela, 2696, Mata Escura.

Explica que é de praxe ao chegar ao destino, o caminhão para entrega das mercadorias encontrar fila para descarregar, ficando aguardando, sendo que, no caso, 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.

Ressalta que toda essa operação ocorreu em um espaço curto de tempo, e o autuante não considerou as notas fiscais apresentadas pelo ajudante sob alegação de que tais mercadorias estariam desacompanhadas das notas fiscais.

Pede que sejam aplicados ao caso os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Analisando o mérito, citou a Súmula 473 do STF e lições de renomado tributarista, bem como transcreveu o artigo 42, parágrafo 1º da Lei Estadual nº 6.763/75, para aduzir que houve conduta irregular da autoridade fiscal, em afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, sustenta sua boa fé ao demonstrar as notas fiscais no momento da abordagem do veículo, notas essas, que diz acompanhar sua peça defensiva, e que de parte do autuante houve apenas presunção e não a constatação.

Quanto a aplicação da multa de 100%, frisa que ainda que exista algum outro dispositivo que importe sanção mais grave, deve prevalecer o que disponha de maneira mais branda, face à previsão contida no artigo 112 do CTN – Código Tributário Nacional.

Prosseguindo, transcreve ensinamentos de renomado professor de direito tributário sobre ato administrativo de lançamento, e comenta sobre os princípios da verdade material, da razoabilidade e proporcionalidade, e da tipicidade cerrada.

Ao final, requer:

- a) que seja reconhecida a nulidade do auto de infração;
- b) a improcedência do auto de infração em apelo da equidade por tratar o Acórdão CJF nº 0476-12/07 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal da mesma matéria, tendo sido julgado pela improcedência da autuação;
- c) a nulidade da autuação por não terem sido observadas as formalidades legais;
- d) em face da Súmula 346 do STF a improcedência do auto de infração;
- e) por fim, o direito de provar tudo quanto foi alegado, por todos os meios admitidos em direito.

Na informação fiscal às fls. 49 a 54, o autuante esclarece que as mercadorias estavam sendo conduzidas por Josué Santana, sem documentação fiscal e como responsável e transportador Isidro Araujo Souza, responsável direto pelo cometimento da infração na qualidade responsável solidário, nos termos do artigo 6º, III, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Quanto a alegação de legitimidade passivo para postular neste processo do defendente, transcreve o artigo 180 do RPAF/99, e comenta sobre os pressupostos legais sobre o tema, concluindo que a defendente (Ponto Certo) não tem legitimidades para postular “as causa”.

Quanto ao fato que ensejou a autuação, esclarece que a equipe de fiscalização que efetuou a lavratura do Termo de Apreensão, cumprindo suas atribuições, ao abordar um veículo transportador verificou que o mesmo estava efetuando o transporte de mercadorias sem documento fiscal, com apenas uma relação sem valor fiscal (fl.07), ou seja, um documento extra fiscal fato comprovado através do Termo de Apreensão anexado ao processo.

Com relação a alegação de que as mercadorias não poderia ser exigido o ICMS por se tratar de mercadorias que já tiveram a sua fase de tributação encerrada, e não guardar conformidade, pois não foi apresentado nenhum documento fiscal, mas sim uma relação que não possui amparo legal.

Por conta disso, transcreveu o artigo 44, inciso II, “b” e “c”, da Lei nº 7.014/96, para mostrar que o documento apresentado no momento da abordagem do veículo é inidôneo, por não atender ao previsto no artigo 35 do RICMS/97.

Concluindo, requer o arquivamento do presente processo, por entender que a postulação foi efetuada por pessoa manifestamente ilegítima, conforme preceito processual adjetivo emanado do parágrafo único do artigo 4º do RPAF/99.

VOTO

Preliminarmente verifico que o lançamento foi impugnado o contribuinte Ponto Certo Distribuidora de Alimentos Importação e Exportação Ltda, IE nº 65.710.020 NO, que frisou em preliminar que tem legitimidade para figurar no pólo passivo da obrigação tributária.

De acordo com o artigo 4º do RPAF/99, *tem legitimidade para postular todo aquele a quem a lei atribua responsabilidade pelo pagamento de crédito tributário ou cumprimento de obrigação acessória, ou que esteja submetido a exigência ou medida fiscal de qualquer espécie.*

Já o artigo 913 do RICMS/97, prevê que *respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que tenham concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou que dela se tenham beneficiado.*

No caso, considerando que o contribuinte era o remetente das mercadorias, apesar de não ter ficado com a guarda das mercadorias, pois consta no Termo de Ocorrência Fiscal Apreensão que o fiel depositário foi Clovis Souza Azevedo, considero, com base nos dispositivos acima citados, que o defendente, neste processo, possui legitimidade para postular no presente processo administrativo fiscal. Ressalto que consta nos autos que através do processo SIPRO nº 196539/2013-9 (fls. 10 a 12), o defendente solicitou a transferência de depositário das mercadorias.

No plano formal, saliento que o processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais, estando determinado o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, que se encontra fundamentada em diplomas legais vigentes, e no Termo de Ocorrência Fiscal e respectivos documentos que fundamentam a autuação. Ademais, o Auto de Infração segue estritamente as determinações previstas nos dispositivos constantes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, não ensejando em qualquer violação aos princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Assim, rejeito a nulidade suscitada na peça defensiva, pois na autuação foram observadas as formalidades legais, e atendido o devido processo legal.

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.

Saliento 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 defendente 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.

Cumpra 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 defendente 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 desacompanhada 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.

VOTO DISCORDANTE

Discordo, com a devida *venia*, do entendimento do ilustre Relator, quanto a sua decisão de julgar procedente o Auto de Infração em epígrafe, cuja acusação é de “Transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal”, tendo sido consignado no campo “Descrição dos Fatos”:

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 TODDINHO TRADICIONAL, CADA CAIXA CONTÉM 27 UNIDADES DE 200ML, 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 TÊRMO DE OCORRÊNCIA FISCAL, TRANSPORTADOS PELO O VEÍCULO DE PLACA POLICIAL-JNW2336, CONDUZIDO PELO O SR. JOSUÉ SANTANA CARDOSO, PORTADOR DO CNH/REGISTRO Nº01254280164 e CPF Nº 122.710.985-72, TRANSPORTANDO MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

Ressalte-se que este mesmo texto foi transcrito no Termo de Ocorrência Fiscal, constante dos autos, o qual consta a data de lavratura de 24/09/2013, às 11 h e 47 m, na IFMT/Metro.

Alega o autuado que tais mercadorias seriam entregues ao destinatário J. S. de Andrade Comercial de Alimentos, situado à Avenida Cardeal Avelar Brandão Vilela, Mata Escura, em Salvador, e que por se encontra na fila para descarregar as mercadorias, o ajudante do condutor se dirigiu ao conferente do destinatário das mercadorias para lhe solicitar autorização do recebimento, momento em que foi abordado pela fiscalização que solicitou a documentação fiscal, a qual não foi entregue por se encontrar em mãos do ajudante. Ao final, registra que as mercadorias estavam acobertadas pelas Notas Fiscais Eletrônicas de nº 182.702 e 182.703, às fls. 38 e 39 dos autos.

Já o autuante informa que as mercadorias estavam sendo transportadas sem documentação fiscal, apenas com uma relação sem valor fiscal, conforme documento à fl. 7 dos autos.

Da análise das aludidas NF-e, especialmente da de número 182.702, verifica-se que a mesma foi destinada ao contribuinte “J. S DE ANDRADE COMERCIAL DE ALIMENTOS”; foi emitida em 23/09/2013 e deu saída em 24/09/2013, cuja descrição dos produtos nela contidos coincidem integralmente com as mercadorias objeto de apreensão, relacionadas no Termo de Ocorrência Fiscal, lavrado em 24/09/2013.

Considerando que a Nota Fiscal Eletrônica é um documento virtual, no qual se transmite simultaneamente os dados da operação mercantil para o Sistema de Dados da Receita Federal e da SEFAZ, tal documento não mais acompanha a mercadoria em seu trajeto físico, quando da sua tradição, devendo o remetente apenas portar o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) correspondente à NF-e, para efeito de possibilitar ao fisco, a partir da “Chave de Acesso” a verificação da emissão da NF-E. Contudo, conforme razões trazidas aos autos, tal DANFE também não foi apresentado à fiscalização, mas, sim, mero relatório da operação, sem valor fiscal.

Diante de tais considerações, vislumbro que o procedimento do preposto fiscal em apreender as mercadorias e lavrar o Auto de Infração foi correto, em razão da não comprovação da existência de documento fiscal que acobertasse a operação. Porém, uma vez comprovada, como foi efetivamente nos autos, a emissão de NF-e nº 182.702, de 23/09/2013, (data de saída: 24/09/2013) antes do início da ação fiscal, cuja data de saída está coerente com a ação fiscal desenvolvida na data de 24/09/2013, às 11h e 47 m, e as mercadorias são as mesmas apreendidas, vislumbro, apesar da coerência do ato do preposto fiscal naquele momento, a improcedência do Auto de Infração e, em consequência da exigência fiscal, visto que o imposto, ora reclamado, já havia sido oferecido ao Erário estadual pelo contribuinte, ao se documentar devidamente a operação, através da NF-e.

Assim, diante de tais considerações, voto pela improcedência da infração e na aplicação de multa por descumprimento de obrigação tributária de caráter acessório, previsto no art. XXII da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **95188.0310/13-0**, lavrado contra **ISIDRO ARAUJO SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.274,64**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR