

A. I. Nº - 232354.0830/13-4
AUTUADO - MÔNICA AMORIM OLIVEIRA (DISK TUDO BAR CHURRACARIA E RESTAURANTE)
AUTUANTE - CARLOS KLEI ALVES E SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 11/04/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0051/05/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DO RESPECTIVO DOCUMENTO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está comprovado nos autos a responsabilidade do transportador em relação ao transporte de mercadorias sem documento fiscal. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/08/2013, exige ICMS no valor de R\$ 16.800,00, acrescido da multa de 100%, em virtude da constatação de transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 232354.0830/13-4, apreendendo 700 KG de feijão carioquinha.

O autuado, através de seu advogado, apresenta impugnação às fls. 19 a 33, esclarecendo inicialmente que feijão apreendido era tipo feijão comercial de corda e não carioquinha como foi alegado nos autos.

Que a apreensão da carreta e da mercadoria foi abusiva e, em decorrência, foram liberados somente com a exigência de que o motorista assinasse como fiel depositário da mercadoria; que a mercadoria possuía nota fiscal, sendo vendida pela Comercial Mangabeira de Unaí/MG, com destino José Eudes Araújo Alimentos – ME, sendo a atuada mera transportadora que realizava fretes; que a mercadoria estava somente de passagem pelo Estado da Bahia, portanto não houve na Bahia nenhuma operação econômica da mercadoria e muito menos fato gerador do ICMS; que a mercadoria foi transportada com a devida nota fiscal eletrônica de número 45369113; que o Auto de Infração possui vício formal, pois foi assinado por apenas um dos fiscais, e em virtude desta razão e outras deve ser julgado Nulo; que a nota fiscal não é inidônea, haja vista que não se enquadra em nenhuma das hipóteses lei, já que o destinatário é plenamente identificado, tanto no próprio documento, e ainda que existisse Carta de Correção, a lei estabelece que os erros que não importem em sonegação não acometem o documento desta eiva;

Requer a declaração da nulidade do presente Auto de Infração, visto que a nota fiscal está devidamente preenchida e recolhida, sem vício algum dos elencados no art. 188 do RICMS, extinguindo a multa, eis que não há configuração de notas fiscais inidôneas.

Entende que a lavratura do Auto de Infração é nulo, pois ocorreu mesmo diante da possibilidade de identificação do destinatário das mercadorias, informação necessária numa operação de circulação de mercadorias, visto que naquele momento era possível o controle dos bens e/ou mercadorias que tramitavam pelo Estado;

Entende que o preposto do fisco tem competência para efetuar o lançamento, desde que haja fato

gerador, ou seja, mercadoria transportada sem documentação fiscal ou com nota fiscal inidônea, como determina o art. 9º, I, “b” da Lei nº 3.796/96, o que não é o caso;

Alega que o Regulamento do ICMS estabelece regras para que os contribuintes obedeçam, não deixando margem para qualquer dúvida em relação aos requisitos fundamentais de validade das notas fiscais, como preceitua e disciplina o art. 194, II do RICMS, como abaixo transcrito:

“Art. 194. A Nota Fiscal conterá, nos quadros e campos próprios, observada a disposição gráfica dos modelos 1 e 1-A, as seguintes indicações:

I - ...

II - no quadro "Destinatário/Remetente":

a) o nome, razão social ou denominação;

b) o número de inscrição no CNPJ/MF ou no CPF/MF;

c) o endereço;

d) o bairro ou distrito;

e) o Código de Endereçamento Postal;

f) o Município;

g) o telefone e/ou fax;

h) a Unidade Federada;

i) o número de inscrição estadual”

Argumenta que o preposto do Fisco deverá analisar todos os elementos contidos no documento fiscal em conjunto, antes da descaracterização do documento fiscal, considerando-se como INIDÔNEO, conforme preceitua o art. 188, I, do RICMS.

“Art. 188. Considera-se como inidôneo, o documento fiscal que não preencha os requisitos fundamentais de validade e eficácia, previstos na legislação tributária estadual ou for, comprovadamente expedido com dolo, fraude ou simulação, inclusive nas hipóteses em que:

I - impossibilite a identificação do destinatário das mercadorias ou serviços constante no documento fiscal;”

Consigna que o art. 188 no seu “caput” determina com clareza ao detalhar as condições que tornam um documento fiscal inidôneo, vale destacar aquele que não atenda os requisitos de validade e eficácia previstos na legislação e ainda que tenha sido emitido comprovadamente com dolo, fraude ou simulação, no que diz respeito aos incisos são meramente exemplificativo de outras hipóteses em que o documento fiscal deve ser considerado inidôneo, em especial o inciso I deste dispositivo prescreve a expressão impossibilite a identificação do destinatário, pois conclui-se que houve falha do atuante que foi omissor ao verificar a autenticidade da nota fiscal, pois basta uma olhada rápida para que seja verificado que possui ela todos os elementos substanciais que devem constar do documento, não possuindo mácula que a tornasse imprestável para o fim a que se destina.

Destaca que a documentação acostada fls., que existiu nota fiscal e não houve omissão de indicação, uma vez que consta a emitente, a natureza da operação – remessa ativo fora do Estado – destinatário habilitado, tratando-se de uma operação em trânsito pelo Estado da Bahia com destino a fortaleza/CE, devemos observar a Portaria nº 980/2003 que trata sob a matéria em lide:

PORTARIA N.º 980/2003 - SEFAZ DE 09 DE SETEMBRO 2003

Dispõe sobre inidoneidade do documento fiscal, sobre a alíquota do ICMS a ser utilizada na cobrança do imposto de mercadorias encontradas sem documento fiscal ou sendo este inidôneo e dá providências correlatas.

Art. 1º. Para efeitos do disposto no art. 188 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n.º 21.400, de 10 de dezembro de 2002, não poderá ser considerado inidôneo o documento fiscal que:

I - tenha como destinatário contribuinte com inscrição suspensa, baixada ou cancelada, nesta ou em outra Unidade da Federação, observado o disposto no § 1º deste artigo;

II - que indique quantidade de mercadoria superior ou inferior à transportada, observado o disposto no § 2º;

III - não houver destaque do imposto ou este for destacado a menor;

IV - omita ou contenha erro no número de inscrição, do CNPJ ou no endereço do destinatário;

V - contenha erro na sigla do Estado;

VI - esteja ausente a data de emissão e/ou de saída da mercadoria;

VII - não esteja preenchido os seguintes campos da Nota Fiscal: IPI, CFOP e informações do transportador;

VIII - contenha no campo destinado à placa do veículo número diverso da placa do veículo que efetivamente transporta a mercadoria;

IX - seja emitido por contribuinte de outra Unidade Federada e esteja fora do prazo de validade;

X - quando houver descrição genérica de mercadorias ou não houver decodificação das mercadorias codificadas, hipóteses em que o emitente poderá ser autuado pelo embarço a fiscalização.

§ 1º Na hipótese de que trata o inciso I do “caput” deste artigo:

I - sendo o destinatário identificado no documento fiscal:

a) se a mercadoria for destinada a este Estado, estando o destinatário do documento com inscrição baixada ou cancelada e se apresente um responsável direto pela empresa, deverá ser exigido o imposto agregando-se o percentual de MVA estabelecido para a mercadoria, deduzido o crédito destacado na Nota Fiscal de origem, além da multa pela falta de inscrição no CACESE;

b) se a mercadoria for destinada à outra Unidade da federação, deverá ser lavrado o Termo de responsabilidade ou Passe Fiscal Interestadual para o acompanhamento da mercadoria pelo Estado de Sergipe, previsto no art.640, RICMS.

II - Sendo o destinatário da mercadoria constante do documento fiscal comprovadamente diverso daquele que efetivamente seja o seu adquirente, a Nota fiscal deverá ser considerada inidônea, exigidos o imposto e a multa, considerando-se o crédito destacado na Nota fiscal de origem.

(...)

§ 3º Os vícios, erros e omissões constatados no documento fiscal que não importem em sonegação total ou parcial do imposto não implicam na inidoneidade do documento.

Diante do exposto e da análise da documentação acostada ao processo, entende ficar claro e evidente de que não houve por parte do transportadora e proprietária do carreta mercadorias com interesse em burlar o fisco, haja vista que foi emitido Nota Fiscal. Portanto, é de porte obrigatório no trânsito de mercadoria a nota fiscal, e em homenagem ao princípio da virtude material tomando como baliza a distribuição da justiça, mesmo porque não houve qualquer prejuízo ao erário desta Unidade Federativa, já que as mercadorias que foram objeto da autuação estavam apenas em trânsito pelo Estado de Bahia.

Afasta, desde logo, qualquer suposta imputação dos prepostos do fisco de que a nota fiscal é inidônea porque impossibilita a identificação do destino da mercadoria, além de extrapolar o princípio da extraterritorialidade, que impõe limites geográficos à ação do Fisco de cada Estado, atendo-se estes à sua área de competência.

Acrescenta a isto, o fato de não haver como atribuir ao transportador e proprietário apenas da carreta uma penalidade por infração pela qual ele não concorreu e não existiu. Já é assente que somente as características de inidoneidade claramente consignadas no documento fiscal podem ser imputadas como co-responsabilidade do transportador, pela impossibilidade material deste em detectá-las quando do recebimento das mercadorias para transporte.

Considera autuação improcedente, pois o transportador não tem responsabilidade pela infração alegada.

Conforme verificado até o presente momento, entende que a Impugnante não é responsável pela retenção do ICMS no caso em voga, uma vez que a mesma, pela sua atividade, não estaria no rol dos substitutos. Em consequência à declaração de ilegitimidade, a multa aplicada deverá ser, por

óbvio, excluída.

Contudo, ainda que seja mantida a autuação, o que só admitimos por hipótese, argumenta que a multa também deverá ser excluída, pois .

A multa aplicada foi embasada no artigo 42, II, e, da Lei nº 7.014/96, nestes termos:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares:

a) quando as respectivas operações ou prestações estiverem escrituradas regularmente nos livros fiscais próprios;

b) tratando-se de pessoas dispensadas da escrituração regular de livros fiscais, exceto nos casos de infrações constatadas no trânsito de mercadorias, relativamente ao pagamento:

1 - do imposto devido por microempresas comerciais varejistas e microempresas ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas a antecipação ou substituição tributária, quando procedentes de fora do Estado;

2 - da diferença de alíquotas, por parte das microempresas comerciais varejistas, microempresas ambulantes e demais pessoas dispensadas de escrituração do Registro de Entradas e do Registro de Apuração do ICMS;

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

a) em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;

b) em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido pelo contribuinte e o escriturado no livro fiscal de apuração do imposto;

c) quando houver destaque, no documento fiscal, de imposto em operação ou prestação não tributada, que possibilite ao adquirente a utilização do crédito fiscal;

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação por contribuinte do regime normal de apuração, nas hipóteses regulamentares;

e) quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição;

Apresenta decisão em EMBARGOS A EXECUÇÃO, concernente ao Embargos Infringentes Nº 587028358, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator.

Considera o Auto de Infração é nulo de pleno direito, pois não estão presentes todos os requisitos de validade e eficácia do ato.

Afirma que não existe, nenhum documento em anexo que ateste a veracidade dos fatos ora argumentados pela Autuante.

Entende faltar motivação e que a ausência de conteúdo probante conciso torna o ato faltoso no sentido objetivo dos fatos, haja vista reter-se em descrições técnicas, porém desprovidas de outras formas robustas de prova como depoimentos, laudos bem elaborados.

Requer: "a) Seja INTEIRAMENTE ANULADO o lançamento, em relação às infrações, por violação expressa ao princípio da legalidade, na medida em que a Impugnantecabendo ao vendedor e adquirente, a responsabilidade solidaria, caso não haja sonegação, sendo assim parte manifestamente ilegítima para figurar no pólo passivo da presente relação jurídica tributária, excluindo-se as multas aplicadas, o que será de INTEIRA JUSTIÇA, além de que a apreensão da mercadoria e da carreta violaria os princípios constitucionais da vedação ao confisco a capacidade contributiva, excluindo-se as multas aplicadas, visto ter ficado claro nas considerações tecidas a importância da descrição do fato infringente quando da lavratura do Auto de Infração, pois a descrição incorreta ou incompleta do fato infringente caracteriza o vício formal, o qual enseja a nulidade processual, com a consequente extinção do presente processo administrativo, uma vez demonstrada a total Improcedência, e tudo mais que transparece, requer que seja anulado o presente Auto de Infração, sendo julgada procedente os

termos da defesa, como consequência, seja excluída eventuais multas.; b) Deste modo, esperamos que V. Exa. ao se debruçar no exame desta defesa, derrame sobre o mesmo o seu espírito de Justiça, julgando improcedente o processo administrativo, anulando o Auto de Infração em epígrafe."

O autuante, às fls. 54 a 58 dos autos, apresenta a informação fiscal aduzindo que o Auto de Infração foi lavrado em virtude ter sido encontrado, no transito de mercadorias, o veículo placa policial NTY-4838 e NYQ-8334, pertencente à empresa autuada, transportando mercadorias (700 sc de feijão carioquinha) desacompanhadas de documentação fiscal.

Afirma que a ação fiscal que originou o presente Auto de Infração foi realizada pela Fiscalização de transito de mercadorias, no posto fiscal Formosa do Rio Preto (BA/PI), que flagrou o veículo apontado no Auto de Infração transitando com 700 sc. de feijão carioquinha, sem documentação fiscal, como faz prova em favor do fisco, o documento acostado às fls. 06 e 07, devidamente assinados pelo condutor do veículo Sr. Paulo Sergio Rodrigues Melo e pela procuradora da autuada, a Sra. Daiana Ribeiro Mascarenhas, esta ultima que também subscreve a peça defensiva.

Relata que a Autuada, em sua defesa, afirma que a mercadoria possuía as nota fiscal, afirmando no item 4 do seu arrazoadado (fls. 22) que acompanhava a carga a Nota Fiscal Eletrônica nº 45369113, porem junta com sua defesa dois DANFES de nºs 9571 e 9572 emitidos em 15/08/2013.

Informa que os documentos fiscais juntados, além de divergirem do alegado na peça defensiva, não possuem sequer um carimbo dos postos fiscais do trajeto, além de ter como data de emissão e saída 6 dias antes da ação fiscal que culminou no presente Auto de Infração, pelo que, ficam desde já impugnados.

Assegura que não havia, nem foi apresentado qualquer documento fiscal como fazem prova o termo de ocorrência anexado, documento este, assinados pelo condutor e representante da empresa autuada sem qualquer restrição ou observação. Neste contexto, deve-se observar o art. 143 do RPAF (aprovado pelo Decreto nº 7629/99), onde prever que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo da obrigação de provar a sua alegação, conforme reproduzido abaixo:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

No caso em lide, afirma que existe ainda documento assinado por representantes da autuada onde consta que as mercadorias estavam sem documento fiscal.

Consigna que, atestada a ausência de documento fiscal, surge imediatamente a responsabilidade do transportador ao teor do que dispõe o Art. 6º inciso III alínea "d" que dispõe:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - ...

II - ...

III - os transportadores em relação às mercadorias:

a) que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação;

b) procedentes de outra Unidade da Federação sem destinatário certo ou para estabelecimento desabilitado no cadastro;

c) que forem negociadas no território baiano durante o transporte;

d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

e) que entregarem ao destinatário sem a comprovação do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, quando assumirem a condição de fiel depositário;

Apresenta também o art. 40 do RICMS/97:

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

§ 1º Respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que tenham concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou dela se beneficiarem.

§ 2º A responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

§ 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.

§ 4º Considera-se também em situação irregular a mercadoria exposta a venda, armazenada para formação de estoque ou oculta ao fisco por qualquer artifício, sem documentação que comprove sua origem ou o pagamento do imposto devido.

§ 5º A mercadoria, bem, livro ou documento em situação irregular serão apreendidos pelo fisco, mediante emissão de termo próprio, destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

§ 6º O trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal.

Afirma que a ausência da documentação fiscal no momento da ação esta perfeitamente comprovada pelo termo de ocorrência anexado, não se prestando as notas fiscais apresentadas somente na defesa para elidir a exigência contida no presente PAF, ao teor do que dispõe o §6º do art. 40 mencionado.

Pede a Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente processo faz exigência de ICMS, em virtude em virtude da constatação de transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, atribuindo a responsabilidade solidária ao transportador da mercadoria.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências, além do mais o impugnante não apresenta especificamente as exigências formais que não foram atendidas, visto que foi lavrado o termo de apreensão, assinado pelo condutor, no qual está consignado que a mercadorias circulava desacompanhada do respectivo documento fiscal. Não cabe acolhimento da nulidade, também, em razão da incorreção do tipo de feijão, pois o próprio autuado indica o tipo correto de feijão, sem, contudo, modificar a natureza da infração, a responsabilidade do transportador ou mesmo os valores exigidos.

Quanto ao mérito, o Auto de Infração foi lavrado em virtude ter sido encontrado o veículo placa policial NTY-4838 e NYQ-8334, pertencente à empresa autuada, transportando 700 sacos de feijão carioquinha desacompanhadas de documentação fiscal, conforme termo de apreensão lavrado às fls. 06 e 07 assinado pelo condutor.

Afirma, em sua defesa, que acompanhava a carga a Nota Fiscal Eletrônica nº 45369113, contudo a mesma foi apresentada posteriormente na peça defensiva, com dois DANFES de nºs 9571 e 9572 emitidos em 15/08/2013.

Verifico que os documentos fiscais juntados, além de ter sido apresentado posteriormente a lavratura do Auto de Infração, conforme demonstra o termo de ocorrência, ao indicar a circulação sem nota, não possuem sequer um carimbo dos postos fiscais do trajeto, além de ter como data de

emissão e saída 6 dias antes da ação fiscal que culminou no presente Auto de Infração.

Diante da inexistência de documento fiscal para acobertar a circulação da mercadoria, cabe a responsabilidade solidária do transportador ao teor do que dispõe o Art. 6º, inciso III, alínea “d” do RICMS/BA.

Assim, não há razões legais para a exclusão da multa aplicada, visto, inclusive, que está prevista corretamente no artigo 42, II, e, da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232354.0830/13-4**, lavrado contra **MONICA AMORIM OLIVEIRA (DISK TUDO BAR CHURRACARIA E RESTAURANTE)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.800,00**, 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, 27 de março de 2014.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR