

PROCESSO - A. I. Nº 232254.0501/14-0
RECORRENTE - TRANSPORTADORA CALEZANI LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0203-05/14
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 05/02/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0003-12/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL ELETRÔNICA. OPERAÇÃO COM DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA. O trânsito irregular de mercadorias não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão originária do Acórdão 5ª JJF nº 0203-05/14, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafeado, lavrado no dia 16/05/2014 para exigir ICMS no valor histórico de R\$30.337,24, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “d” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de uso repetido de documento fiscal para acobertar operações diferentes.

De acordo com o Termo de Ocorrência de fls. 04/05, foram apreendidos 44.765 litros de gasolina tipo A, acompanhados de documento considerado inidôneo (DANFE 24.834, de 15/05/2014 (fl. 07), cuja Nota Fiscal Eletrônica correspondente tem a chave de acesso nº 29140505552292000350550010000248341126121813). O combustível foi encontrado sendo transportado pelo recorrente (responsável solidário).

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide na pauta de 16/10/2014 (fls. 78 a 83), tendo decidido pela Procedência, por unanimidade, nos termos a seguir transcritos.

“Trata-se de Auto de Infração de trânsito de mercadoria, Modelo 4, lavrado para exigir crédito fiscal no valor de R\$60.674,48, correspondente ao ICMS lançado de R\$30.337,24, mais multa de 100%, relativo à constatação de utilização da NF-e nº 000.024.834 mais de uma vez, para acobertar operação de circulação de mercadoria – gasolina – conforme consta da descrição dos fatos objeto do Termo de Ocorrência Fiscal nº 232254.0501/14-0 acostados aos autos à fl. 4 dos autos.

Relata o Fiscal Autuante, na descrição dos fatos do Termo de Ocorrência Fiscal nº 232254.0501/14-0, em 16/05/2014 (fls. 4/5), que, dentro das suas funções fiscalizadoras, efetuou a apreensão de 44.765 litros de gasolina, acompanhado pela NF-e nº 000.024.834 de emissão da ATLÂNTICA PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA., situada na Rod. BR 415, nº 4.445, Loja 3, Bairro Ferradas, no Município de Itabuna, Estado da Bahia, correspondente a operação de transferência (CFOP 6409) para a seu outro estabelecimento situado no Município de Serra, Estado de Espírito Santo, transportado pelo veículo de Placa Policial ODO-5475/ES, de propriedade da TRANSPORTADORA CALEZANI LTDA, contribuinte autuado por responsabilidade solidária, objeto da presente autuação, na forma do art. 6º, inciso III ,alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, publicada no Diário Oficial de 05/12/1996, conforme a seguir descrito:

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

III - os transportadores em relação às mercadorias:

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

Constatada a inidoneidade do documento fiscal, como bem destaca o autuante, na sua informação fiscal, que coaduno, surge à responsabilidade do transportador para figurar no pólo passivo da presente lide ao teor do que dispõe a legislação vigente acima evidenciada (art. 6º, III, “d”, Lei nº 7.014/96).

No mérito trata-se de Auto de Infração lavrado em virtude do reaproveitamento de documento fiscal, tornando-o inidôneo consoante o que dispõe o art. 44 da Lei 7.014/96. No presente caso, por conta da reutilização da NF-e nº 000.024.834 (fl. 6), como comprova a tela capturada do Sistema da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, juntada às fls. 7 dos autos, onde se vê a informação de que a chave de acesso, relacionada à citada nota, já teria sido registrada naquele Estado, com passagem às 08h:16min:49seg, através do veículo de Placa ODP-5385 (BA), documento este, em nenhum momento contestado pelo autuado, de pronto, salvo melhor juízo, caracteriza a inidoneidade do documento.

A acusação de inidoneidade do documento fiscal, objeto da presente autuação, como se depreende da leitura dos termos da defesa, à luz dos documentos acostados aos autos, não foi clarificada pelo sujeito passivo, pois ao alegar erro (fl. 31) na emissão da nota fiscal sob o argumento de que “digitou na segunda nota o nº 000.024.834, esquecendo-se de trocar o nº “4” pelo nº “5”, para que a seqüência fosse seguida (Doc. nº 2)”, com isso saindo erroneamente a NF-e nº 000.024.834 (fl. 52), onde o correto seria a NF-e 000.024.835 (fl. 53), que, à luz da sua alegação de defesa, seria a nota fiscal que deveria acompanhar a mercadoria, objeto da presente autuação, vê-se que não se pode relacionar com a mesma operação, em que pesce ter sido emitida em data igual (15/05/2014), momentos próximos, destinatário igual, mercadoria e operação fiscal (CFOP 6409) iguais, observa-se, pois, que as quantidades são diferentes, por conseguinte, os valores das notas fiscais, também, são diferentes.

Destarte, está claro que o documento fiscal - NF-e 000.024.835 (fl. 53) – refere-se à outra operação que não a submetida à ação fiscal, já que o valor e quantidade dos produtos amparados pela NF-e 000.024.834, são R\$112.360,15 e 44.765 litros, por sua vez, pela NF-e 000.024.835, são R\$112.375,21 e 44.7771 litros totalmente distintos, para se afirmar que apenas houve erro de troca do numeral “4” pelo “5”, no registro do número do documento fiscal que deu causa a presente lide. Ademais, não há a possibilidade de emissão de 2 notas fiscais eletrônicas, com mesmo número e série, em um mesmo exercício financeiro, por um mesmo contribuinte, como quer justificar o sujeito passivo na descaracterização da autuação.

Mostra-se, ainda, ineficiente, como destaca o autuante na informação fiscal, para afastar a exigência tributária, o envio posterior de documento fiscal, com o objetivo de amparar a operação de circulação de mercadoria em trânsito, como fez o sujeito passivo na juntada do e-mail às fls. 55 dos autos, conforme dispõe o art. 40, da Lei 7.014/96, com destaque aos §§ 3º e 4º a seguir apresentados:

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.

§ 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. (Grifo acrescido)

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

Quanto as demais alegações de mérito deixo de apreciar, porquanto a operação está caracterizada em trânsito irregular no território baiano, pela utilização de documento fiscal inidôneo, decorrente do aproveitamento da NF-e nº 000.024.834 mais de uma vez, para acobertar operação de circulação de mercadoria – gasolina – conforme consta da descrição dos fatos objeto do Termo de Ocorrência Fiscal nº 232254.0501/14-0 acostados aos autos à fl. 4 dos autos.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de Decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Com fulcro no art. 169, I, “b” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 96 a 108, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e sintetizando os fatos.

Sustenta que, na qualidade de distribuidor de derivados de petróleo [na verdade é prestador de serviço de transporte], efetuou transferências entre filiais, operações nas quais, segundo alega, não incide o imposto estadual.

Em virtude de um suposto equívoco, o DANFE (documento auxiliar de nota fiscal eletrônica) referente à segunda transferência foi emitido com o mesmo número do primeiro, do que decorreu a autuação e a apreensão, que qualifica de ilegais, pois ensejaram a concessão de liminar em sede de mandado de segurança.

Transcrevendo doutrina e jurisprudência, inclusive a Súmula nº 166 do STJ, reitera o seu entendimento de que o ICMS não incide no presente caso, por ausência de fato gerador. A operação objeto do lançamento de ofício ocorreu entre unidades do remetente localizadas nos municípios de Itabuna, na Bahia, e Serra, no Espírito Santo, conforme o DANFE 2.835 (fl. 103).

Assinala que a multa tem o caráter de confisco, principalmente por não levar em conta o fato de que, logo após a apreensão, movido por boa-fé, apresentou os documentos retificadores (fls. 51 a 55).

Encerra pleiteando o recebimento do apelo, com vistas a reformar o Acórdão “*a quo*” e anular o Auto de Infração.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa, o autuante e os julgadores da instância de origem expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram o ilícito, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos (fls. 03 e 06), bem como de seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico, que se mostra correto e compreensível.

A responsabilidade solidária do transportador, em relação às mercadorias que conduzir sem documentação fiscal comprobatória da procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea, está prevista no art. 6º, III, “d” da Lei nº 7.014/1996.

Não foi constatada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade.

Relativamente ao caráter supostamente confiscatório da multa, capitulada no art. 42, IV, “d” da Lei nº 7.014/1996, esta CJF não pode deliberar a este respeito, tendo em vista a norma do art. 167, I do RPAF/1999.

A questão do ânimo que moveu o responsável pela emissão dos dois documentos acima referidos (boa ou má-fé, fls. 52/53), é de natureza eminentemente subjetiva, a qual não possui relevância no julgamento do Recurso em análise.

No mérito, cabe destacar que o DANFE (documento auxiliar de nota fiscal eletrônica) não se presta aos fins almejados pelo recorrente, uma vez que é destinado apenas a registrar a chave ou código de acesso, de maneira que todos os envolvidos no negócio (remetente, destinatário, transportador, fiscalização etc.) possam efetuar as devidas consultas em meio virtual, pelo que não acolho a alegação de cometimento de mero erro material na numeração do mesmo (DANFE) para modificar o Aresto recorrido e / ou para elidir a acusação.

Isso posto, assinale-se que o elemento necessário e suficiente a conferir legalidade e legitimidade ao trânsito das mercadorias é a nota fiscal eletrônica, existente em meio virtual, com o seu respectivo código. Apesar de a nota eletrônica referente à segunda operação ter sido emitida no dia quinze de maio de 2014, antes da apreensão, a mesma não confere legalidade ao trânsito do combustível, uma vez que não o acompanhou.

De mais a mais, a placa do veículo apreendido com a mercadoria não correspondia à designada nos DANFEs 24.834 e 24.835, o que demonstra que tais documentos não eram servíveis para acobertar a transferência do dia dezesseis.

No caso concreto, os produtos foram apreendidos na Bahia transitando com documento cuja chave de acesso (código eletrônico) já havia sido registrada no Estado de Goiás, fato que pode ser constatado à fl. 07 e que não foi refutado pelo apelante.

Por conseguinte, de fato, a circulação ocorreu sem nota fiscal, ou com nota inidônea, a teor do art. 44, II da Lei nº 7.014/1996.

Assim, também não acato a tese de ausência de fato gerador quando da transferência interestadual, seja porque não é o que entende este Conselho de Fazenda, tampouco o STJ, seja porque não se pode assegurar a que unidade da Federação se destinava uma carga cujo trânsito ocorreu sem a documentação necessária.

A Lei do ICMS/BA estabelece que mercadorias flagradas sem documento fiscal devem ser consideradas em trânsito interno, e não interestadual.

Por fim, destaque-se que de acordo com o § 6º do art. 40 da Lei nº 7.014/1996, o trânsito irregular de mercadorias não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal.

Em face do exposto, 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 e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232254.0501/14-0**, lavrado contra **TRANSPORTADORA CALEZANI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.337,24**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “d”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de janeiro de 2015.

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

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