

A. I. Nº - 232421.0005/15-4
AUTUADO - COOP. DOS TRANSP. DO VALE - COOTRAVELE.
AUTUANTE - DEGINALDO DOS SANTOS DEZIDERIO
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10.11.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0180-02/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. REUTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO AUXILIAR DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA – DANFe. INIDONEIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. A legislação tributária não fixa prazo para emissão de documento fiscal após a fabricação da mercadoria. Não comprovada a reutilização do DANFe, a data de emissão do documento fiscal e a data de fabricação das mercadorias apreendidas, não indicam anterior uso do documento. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração descaracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/01/2015, exige crédito tributário no valor histórico de R\$24.757,20, acrescido da multa de 100%, em razão da utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação. Consta na descrição dos fatos que aos vinte e seis dias do mês de janeiro de 2015, contribuinte de outra unidade da federação fez remessa de mercadorias acobertada pelo DANFE nº 333701, emitido em 20 de dezembro de 2014, contendo 13.000 caixas de Adoçante Assugrin 100ml, contudo fazendo a verificação física no veículo que constatou que a mercadoria tem data de fabricação de 05/01/2015, lote 8606-1, código de barras 17896060010499. Documento fiscal está sendo considerado, visto que não é admissível emitir-se um documento fiscal em 20/12/2014 e fabricar a mercadoria em 05/01/2015, em se tratando que a respectiva mercadoria não estava na transportadora pois foi emitido o DANFE nº 339272 do palete em 23/01/2014, pela empresa, conforme documentação anexa.

O autuado impugnou o lançamento tributário, folhas 205 a 213, mediante advogado habilitado nos autos, informando ser a impugnante uma cooperativa que tem como objetivo prestar serviço na área de transporte rodoviário de cargas. Assim, a empresa WOW NUTRITION INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, inscrita no CNPJ/MF sob nº 02.338.823/0001-57, contratou seus serviços, conforme se depreende da DANFE 333.701, fl. 261, sendo a contratante a responsável pela emissão de Notas Fiscais, pela mercadoria e pelo pagamento de todos os tributos.

Frisa que em 26/01/2014 a impugnante contratada foi parada pelo Posto Fiscal Angelo Calmon de Sá, para fins de fiscalização. Durante a fiscalização foi lavrado o Auto de Infração nº 232421.0004/15-5 (TAO 232421.0004/15-8) e o Termo de Ocorrência Fiscal nº 232421.0005/15-8, fls. 242 e 243, por supostas infrações cometidas pela empresa WOW NUTRITION, que contratou a Impugnante para a realização do transporte. Porém, para surpresa da impugnante, o Auto de Infração foi lavrado contra a COOPERATIVA DOS TRANSPORTES DO VALE COOTRAVALE, ora impugnante, sob a suposta alegação, de “*Utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação*”.

Salienta que, em que pesem as constituições dos supostos créditos tributários, juntamente com o encerramento das atividades de fiscalização pelo Estado da Bahia, as mercadorias foram

apreendidas e depositadas junto a impugnante, sendo lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 232421.0004/15-8.

Inconformada, a contratante WOW NUTRITION que, diga-se, é proprietária das mercadorias e responsável pela emissão dos documentos fiscais e pagamento dos tributos, impetrou Mandado de Segurança com Pedido de Liminar, distribuído sob o nº 0505682-36.2015.8.05.0001, em trâmite perante a 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que concedeu a liminar para determinar a liberação da mercadoria.

Entende não deverá persistir o Auto de Infração, pois foi lavrado contra a impugnante por suposta infração cometida pela empresa WOW NUTRITION. Argumenta que a impugnante foi contratada simplesmente para a realização do transporte, conforme se depreende da DANFE 333.701 e, ainda, o Estatuto Social prova que seu objeto é prestar serviço na área de transporte rodoviário de cargas. Sendo a WOW NUTRITION a proprietária das mercadorias e a contribuinte responsável pela operação mercantil em tela é, pois, inegavelmente, sua responsabilidade e não da Impugnante, que somente foi contratada para realizar o transporte das mesmas ao destinatário especificado na referida nota fiscal.

Reitera ser a WOW NUTRITION a proprietária das mercadorias apreendidas, bem como a emitente do documento fiscal acobertador de tais mercadorias.

Conclui que, pelo exposto, diante da ilegitimidade da impugnante para figurar como contribuinte na lide requer a nulidade de Auto de Infração.

No mérito, primeiramente esclarece que responsabilidade solidária é aquela definida por lei à pessoa física ou jurídica que, sem se revestir da condição de contribuinte de imposto, tenha a obrigação pelo pagamento do mesmo, sem a exclusão da obrigação do contribuinte, podendo inclusive ser escolhido entre os dois, contribuinte e responsável solidário, ou até mesmo de ambos, do qual vai se exigir o crédito tributário e é decorrente de disposição expressa da lei ou atribuída à pessoa que tenha interesse na situação que constitua o fato gerador do imposto.

Frisa que o responsável está definido no Código Tributário Nacional, no inciso II, do parágrafo único do artigo 121, o qual transcreve.

Ressalta que as possibilidades de atribuição da responsabilidade solidária estão descritas no art. 124 do mesmo CTN, igualmente transcrito.

Aduz que o Estado da Bahia, no Regulamento do ICMS, descreveu mais sucintamente as pessoas responsáveis por solidariedade, no seu art. 39, nos incisos I a XIII, sendo que para nosso estudo nos interessa em especial, o inciso V.

Afirmam que o responsável solidário é a figura criada por lei para substituir o contribuinte e qualificado a se imputar a obrigação de pagamento do imposto devido, principalmente nas ocasiões em que o sujeito ativo da relação tributária, o ente público, não puder determinar com precisão quem é realmente o contribuinte de fato, o que não ocorre no caso em tela.

Sustenta que a própria WOW NUTRITION no Mandado de Segurança impetrado declara que é responsável pela mercadoria e pela emissão do documento fiscal, o que, em seu entendimento, isenta a impugnante de qualquer responsabilidade.

Realça que no Termo de Ocorrência Fiscal o Agente Fiscal dispõe que o documento fiscal foi emitido em 20/12/2014 e a mercadoria fabricada em 05/01/2015.

Questiona: como atribuir responsabilidade à Impugnante acerca da compatibilidade do que se está consignado no documento fiscal com a data de fabricação da mercadoria.

Sustenta que a situação material apresentada não autoriza concluir que a transportadora tenha contribuído para o cometimento da suposta irregularidade ocorrida, considerando que ao receber as mercadorias em embalagens fechadas não havia como aferir a data de fabricação com o que foi lançado no documento fiscal.

Nota que até mesmo o fisco só ficou sabendo da alegada irregularidade após abrir as embalagens, prerrogativa esta que o transportador não tem, deste modo, não pode a transportadora ser responsável por vício que excede seu dever de transportador, principalmente quando o vício não for aparente.

Cita decisão de Tribunais:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - DOCUMENTO FISCAL INIDÔNICO - TRANSPORTADOR - NOTA FISCAL QUE SE REVESTE DE VALIDADE E LEGALIDADE - EVENTUAL FRAUDE IMPOSSÍVEL DE SER DETECTADA PELA TRANSPORTADORA - RECURSO IMPROVIDO. - Apesar do RICMS dizer ser o transportador solidariamente responsável pelo transporte de mercadorias com nota fiscal inidônea, no caso concreto, a fraude somente foi descoberta após contato firmado com empresa destinatária, que declarou não ser proprietária dos bens. - Estando a nota fiscal revestida de legalidade e validade, sem qualquer vício aparente, não pode o transportador ser responsabilizado por vício que excede seu dever de transporte. (TJ-SE - AC: 2009214498 SE, Relator: DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO, Data de Julgamento: 19/08/2010, 2ª. CÂMARA CÍVEL)

Reitera que diante da situação fática apresentada a transportadora não contribuiu para o cometimento de qualquer irregularidade, assim o Auto de Infração deve ser julgado improcedente.

Frisa que deve ser levando em consideração o porte econômico da WOW NUTRITION e seus antecedentes tributários, que enquanto empresa de grande porte e notoriamente conhecida no mercado, sempre teve por regra cumprir todas as obrigações fiscais, quer com relação ao recolhimento de tributos, quer com relação à escrituração, entrega de guias e demais obrigações acessórias. Tanto é assim, que recolheu o imposto dentro dos prazos e circunstâncias determinadas por lei, e em nenhum momento foi colocada em dúvida a legalidade da operação realizada. Nesse sentido, os Tribunais Administrativos já se manifestaram quanto a exclusão de penalidade imposta em decorrência de mero erro formal, proferindo decisão no Processo n.º DRT/15-0177/69, a seguir;

"Trata-se de exportação de produtos da Recorrente para a Argentina, para entrega futura, sem incidência do ICMS.

Após emitir as notas fiscais, por lapso, a Recorrente não obteve o visto nas 1ª vias de suas notas fiscais, conforme preceitua o disposto no artigo 117, III, letra "a" do RICMS.

A Recorrente não contesta tal lapso, mas verifico pelas provas dos autos não ter agido com dolo, má fé ou quaisquer outros atos ilícitos, motivo pelo qual acolho o recurso onde propugno pela relevação da multa aplicada, e, em se tratando de mera infração regulamentar, dou parcial provimento ao recurso, com fundamento no disposto no art. 627 do RICMS/91 para reaver a penalidade imposta."

(Diário Oficial do Estado de São Paulo, 22/11/1997 - Auto de Infração 075.170 - Processo DRT/15-0177/69 - Sétima Câmara - Tribunal de Impostos e Taxas)

Ainda na mesma linha de raciocínio, cita os acórdãos do Conselho Administrativo Tributário do Estado de Goiás - Seleção de Acórdãos, a saber:

Acórdão n.º 3256/99 - II CJUL. " Ementa - No curso processual, a comprovação de que o contribuinte não causou prejuízo ao Erário Estadual, o auto de infração que reclama multa formal, correspondente à identificação da infração, é improcedente. " (Exercício de 1999 - pag. 382)

Acórdão n.º 511/98 - II CJUL. " Ementa - A inidoneidade de documentação fiscal pode ser afastada, mediante processo administrativo tributário, em que o sujeito passivo comprove, de forma inequívoca, que a irregularidade não importou em falta de pagamento do imposto (Art. 68 da Lei nº 11.651/91). " (Exercício de 1998 - pag. 268)

Acórdão n.º 935/98 - I CJUL. " Ementa - Deve ser considerado improcedente o auto de infração descaracterizado no curso processual por provas válidas apresentadas pelo sujeito passivo. " (Exercício de 1998 - pag. 304)

Acórdão n.º 1433/98 - II CJUL. " Ementa - A multa aplicada em decorrência do descumprimento de obrigação acessória poderá ser reduzida pela autoridade julgadora quando ficar evidenciado no processo que irregularidade praticada não resultou em sonegação do ICMS." (Exercício de 1998 - pag. 309)

Conclui que, considerando que a Impugnante presta serviço de transporte e foi contratada pela WOW NUTRITION INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, conforme se depreende da DANFE 333.701, bem como considerando a situação fática apresentada conclui-se que a transportadora não contribuiu

para o cometimento de qualquer irregularidade, se é que ocorreu, ao receber as mercadorias em embalagens fechadas impossível aferir a data de fabricação com o que foi lançado na DANFE.

Ao final, requer a nulidade do presente Auto de Infração, uma vez que foi lavrado em face da transportadora, sendo a empresa WOW NUTRITION INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, inscrita no CNPJ/MF sob nº 02.338.823/0001-57 a responsável pela emissão de Notas Fiscais, pela mercadoria e pelo pagamento de todos os tributos.

Requer, ainda, que todas as intimações sejam realizadas em nome da advogada, indicada pela procuração e que assina a defesa.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 276 e 277, descreve inicialmente os fatos, informando que a autuada transportava no veículo placa ISE 6281/RS constantes no DANFE nº 333701, DACTE nº 53625, emitido em 23/01/2015, sendo considerado inidôneo, uma vez que a autuada utiliza o recurso da reutilização de documento fiscal para acobertar a operação. Cita que a autuada apresentou defesa, requerendo a nulidade do auto de infração, pois a mesma não é sujeito passivo da obrigação tributária e que só é paga para fazer o transporte e que não contribuiu para o cometimento de qualquer irregularidade, todavia, a alegação da autuada não se faz verdadeira, pois, em se tratando da mercadoria que está sendo autuada a transportadora, é responsável por solidariedade, como a própria descreve na folha 49, deste processo, em que o art. 39,V, não deixa dúvidas quanto a solidariedade das transportadoras em relação as mercadorias por elas transportadas.

Aduz que a autuada em sua defesa não consegue explicar, em nenhum momento, sobre o que originou o auto de infração e só não aceita a responsabilidade solidária.

Ao final, requer que o auto de infração seja julgado procedente.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir do transportador, responsável solidário, o ICMS da operação, tendo em vista a acusação da utilização de documentos fiscais mais de uma vez para acobertá-la, no valor de R\$24.757,20, além da multa de 100%.

Em sua defesa o sujeito passivo informa que presta serviço de transporte e foi contratada pela WOW NUTRITION INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, conforme se depreende da DANFE 333.701, não contribuiu para o cometimento de qualquer irregularidade, se é que ocorreu, pois recebeu as mercadorias em embalagens fechadas, sendo impossível aferir a data de fabricação com o que foi lançado na DANFE, requerendo a nulidade do Auto de Infração, uma vez que foi lavrado contrata a transportadora, sendo a empresa WOW NUTRITION INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, inscrita no CNPJ/MF sob nº 02.338.823/0001-57, a responsável pela emissão de Notas Fiscais, pela mercadoria e pelo pagamento de todos os tributos.

Constato que o lançamento fiscal efetuado pela fiscalização de mercadoria em trânsito, através de Auto de Infração, Mod. 4, se apresenta formalmente em acordo com os artigos 39, III e 41, I e II, do RPAF/99, eis que, a imputação encontra-se descrita claramente no auto de infração, conforme transcrito no relatório do PAF, e encontra-se acompanhada do respectivo Termo de Ocorrência Fiscal. Além disso, o Fisco juntou aos autos o DACTE – Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico nº 53625, o DANFE nº 000.333.701, fls. 07 e 09, os quais servem como elemento de prova da acusação fiscal, ou seja, estão em conformidade com a narrativa dos fatos e correspondente infração imputada fundamenta-se no documento fiscal tidos como inidôneos e que acobertavam as mercadorias em trânsito foram apresentados ao agente do fisco pelo próprio preposto do autuado.

Quanto ao argumento defensivo de ilegitimidade passiva, entendo que não deve ser acolhido, pois da leitura do enquadramento constante no Auto de Infração, sobressai que a ação fiscal está embasada nos artigos 6º, inciso III, alínea “d”; 13, inciso I, alínea “b”, item “1”; art.17, § 3º e art.44, inciso II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96 c/c com o art.318, § 3º do RICMS/2012, cuja conclusão

fiscal foi de “utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação”.

De acordo com o art. 6º, inciso III, 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, sem fazer nenhuma ressalva, ou impondo condição, conforme abaixo transcrito:

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:

- 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; Grifei.*

Não resta dúvida que o documento é inidôneo para acobertar a operação, pois o DANFE Nº 000.333.701, fls. 07, foi emitido em 20 de dezembro de 2014, contendo 13.000 caixas de Adoçante Assugrin 100 ml, entretanto, ao fazer a verificação física no veículo, a fiscalização constatou que a mercadoria tem data de fabricação de 07/01/2015, lote 8606-1, código de barras 17896060010499, conforme cópias acostadas às folhas 15 e 16 dos autos.

Logo, o documento objeto da autuação contém declaração inexata e, portanto, imprestável para o caso, sendo efetivamente inidôneo nos termos do arts. 40 e 44, II, da Lei 7.014/96 fazendo prova apenas em favor do Fisco. Consequentemente, por transportar mercadoria acobertada por documento fiscal inidôneo, por solidariedade, o contribuinte responde pelo pagamento do tributo devido, por força da alínea “d”, do inciso III, do artigo 6º, da Lei nº 7.014/96.

É importante destacar que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “*erga omnes*”,

No que concerne a indicação do impugnante para que as intimações sejam realizadas em nome no advogado, ressalto que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Observo, contudo, que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, que orienta, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

A arguição do preposto fiscal, que constatou a reutilização dos DANFES, informando que a autuada transportava mercadorias constantes no DANFE nº 333701, emitido em 20/12/2014, contendo 13.000 caixas de Adoçante Assugrin 100 ml, contudo, ao fazer a verificação física no

veículo constatou que a mercadoria tem data de fabricação de 05/01/2015, lote 8606-1. código de barras 17896060010499, tendo considerado inidôneo, uma vez que a autuada utiliza o recurso da reutilização de documento fiscal para acobertar a operação, conforme cópias acostadas às folhas 15 e 16 dos autos.

Concordo com o emitente relator quanto ao argumento defensivo de ilegitimidade passiva, entendo que não deve ser acolhido, uma vez que de acordo com o art. 6º, inciso III, 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, sem fazer nenhuma ressalva, ou impondo condição.

Ocorre, todavia, que constato do PAF se tratar de hipótese de improcedência. E, em assim sendo, lastreada no art. 155, parágrafo único do RPAF-BA, passo a enfrentar o mérito.

Não se pode afirmar tal ocorrência apenas com base na data de fabricação e a data emissão das notas fiscais. Neste sentido, não há qualquer disposição na legislação relativa ao ICMS, que determine um prazo para circulação da mercadoria, após a fabricação do produto. É preciso que haja, de fato, algum vício constatado.

Entendo que as alegações de reutilização dos documentos fiscais estão ausentes de qualquer elemento probatório, vez que para se alegar a inidoneidade das notas fiscais apresentadas é preciso apontar o vício que as maculam, identificando individualmente em que circunstâncias se deram a reutilização.

Observa-se do Auto de Infração que ali consta na sua descrição dos fatos que houve a reutilização dos DANFES para acobertar nova operação. Ocorre que o autuante descuidou-se totalmente, como visto, quanto à prova de que efetivamente houve a utilização pela primeira vez. Não há prova do ato ilícito. O Auto de Infração não apresenta evidência de reutilização.

As provas do fato ilícito praticado pelo responsável solidário devem existir e constar inequivocamente dos autos.

Concluo que, por não ter ficado comprovada nos autos a reutilização do Danfe nº 333701 pelo autuado, transportador das mercadorias, resta descaracterizada a autuação.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por maioria de votos, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232421.0005/15-4** lavrado contra **COOP. DOS TRANSP. DO VALE – COOTRAVELE**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR VOTO VENCIDO

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – JULGADOR/VOTO VENCEDOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR