

A. I. Nº - 210412.1201/15-5
AUTUADO - JOSÉ RUBEM TRANSPORTES E EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS FRISSE
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30.12.2016

4ª JUNTA DE JUSGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0244-04/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. MERCADORIAS EM TRÂNSITO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A responsabilidade solidária não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos. Comprovado que no momento da autuação as mercadorias se encontravam sem documentação fiscal. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2015 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$133.237,50, acrescido da multa de 100% pelo transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

Consta descrito no corpo do Auto de Infração: *Transporte de mercadorias (pimenta do reino) sem documentação fiscal, procedente do Estado do Espírito Santo conforme ordem de carregamento nº 21375, com entrega prevista para Tecon Salvador SA, localizada à Avenida Engenheiro Oscar Pontes - Salvador - Ba, CNPJ 03.642.342/0001-01. Apresentou DANFE 000.518, emitido por Vitaspace Brasil Ltda., CNPJ 11.159.834/0001-60, localizado no Estado da Bahia com destino à exportação.*

Em preliminar, o autuado por procuradores constituídos (fls. 21/30), argui a nulidade da ação fiscal, por entender ser parte ilegítima da demanda. Informa que celebrou um contrato de transporte com a VITASPACE BRASIL LTDA, situada no Estado do Espírito Santo, para transportar suas mercadorias (pimenta do reino) até o Porto de Salvador, com o objetivo de exportação. Em assim sendo, procedeu ao carregamento do caminhão no Espírito Santo, na sede da empresa contratante, e se dirigiu ao Porto de Salvador.

Neste momento afirma: *“Vale dizer que o produto não estava sem nota fiscal. O mesmo estava acompanhado pela nota fiscal emitida pela contratante em sua sede na Bahia, conforme documento anexo (DOC.02)”*, onde consta indicado o destino das mercadorias, ou seja, a cidade de Georgetown, nos Estados Unidos da América.

Com tal argumentação, entende não ser parte legítima para figurar no processo, pois foi, apenas, contratado para realizar o transporte da carga para exportação e portava nota fiscal da real dona da carga. Diz que o Auto de Infração deveria ter sido lavrado contra a VITASPACE BRASIL LTDA, por ser ela a proprietária das mercadorias, conforme determinações do art. 5º, § 2º, da Lei 7.014/96 (transcrito).

Passa, em seguida, a clamar pela necessidade da troca do fiel depositário com base no quanto disposto no art. 31-G, § 1º, II, do RICMS/12, requerendo *“a transferência do ônus em questão para o real proprietário da carga, a empresa VITASPACE BRASIL LTDA, inscrita sob o CNPJ nº 11159834/0001-60”*. Apensa, como prova do que requer, o contrato de prestação de serviço celebrado com tal empresa (DOC.01), bem como, o DANFE da nota fiscal emitida.

No mérito, após transcrever a infração, diz que diferentemente do que se acusa, não estava transportando mercadoria sem nota fiscal.

Mais uma vez informa que foi contratada pela VITASPICE BRASIL LTDA para realizar o transporte de carga da mercadoria “pimenta do reino”, fazendo o carregamento no Espírito Santo, sede da contratante, com destino ao Porto de Salvador. No decorrer do percurso, mais precisamente em 14/12/2015, portanto antes da ação fiscal que se deu em 15/12/2015, realizou uma “parada” na filial da Contratante para que ela entregasse a nota fiscal do produto transportado, o que foi feito. Assim *“munida da documentação necessária para o transporte da mercadoria até o seu destino final, o Porto de Salvador, a ora Contestante seguiu viagem”*.

No entanto, ao passar pelo Posto Fiscal Eduardo Freire, localizado na BR 101, km 950, S/N, Zona Rural, Mucuri/BA, foi surpreendido com a lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal, onde se atestava a inexistência de documento fiscal, contrariando aquele que possuía em mãos indicando o transporte da mercadoria, com o objetivo final, a exportação através do Porto de Salvador.

Afora toda esta situação, observa que a mercadoria tinha como destinatário a MCCORMICK GLOBAL INGREDIENTS, localizada em D. Roy S Drive, 69, Georgetown, Baltimore, USA, onde se conclui que a mercadoria seguia para exportação, sendo isenta do ICMS à inteligência do art. 3º, II, da Lei 7.01/96 e decisões do STJ, que transcreve.

Conclui sua argumentação de mérito nos seguintes termos: *“Entretanto, essa informação foi ignorada pelo r. agente fiscal, que mesmo tendo ciência da existência da Nota Fiscal de Produto destinado à exportação, emitiu nova nota fiscal em nome de parte ilegítima, conforme observado no tópico anterior, bem como lavrou o Termo de Ocorrência Fiscal que culminou no presente Auto de Infração. Data venia, Exa., a improcedência do Auto ora impugnado é cristalina, seja em razão do porte do documento adequado no momento da ação fiscal, seja porque o produto autuado era isento de tributação, uma vez que se destinava à exportação. Assim, ante o exposto e em caso de não acolhimento das preliminares, requer seja o Auto de Infração n.º 210412.1201/15-5 julgado improcedente”*.

Abre tópico sobre o valor da multa exigida com base no princípio da capacidade contributiva, o qual discorre. E neste caminhar, informa que o valor do Auto de Infração foi de R\$266.475,00, valor este maior do que 50% do capital social da empresa que é de R\$500.000,00. Tal situação inviabiliza seu fluxo de caixa para quitar a multa e as despesas correntes da empresa, a exemplo de impostos e empregados, restando claro que a penalidade não foi norteadada pelos princípios do Direito Tributário e não levou em consideração o fato da empresa não ser reincidente na infração, o que também não pode ser desconsiderado;

Por fim requer que no improvável não acolhimento de sua defesa, seja recalculada a multa, para que sua fixação seja norteadada no Princípio da Capacidade Contributiva, consagrado na Constituição Federal e julgado improcedente o Auto de Infração.

O autuante presta sua informação fiscal (fls. 99/100). Informa que o autuado estava transportando vinte e cinco toneladas de pimenta preta em grão, proveniente do Estado do Espírito Santo, sem documentação fiscal, apenas com ordem de carregamento nº 21375.

Após sintetizar as razões de defesa, ressalta que a nota fiscal apresentada não teve origem no Estado do Espírito Santo. Foi emitida pela Vitaspice Brasil, CNPJ 11.159.834/0001-60, localizada na BR 101, km 326 s/n, Moenda – Tancredo Neves/BA, que fica distante, aproximadamente, 630 km do Espírito Santo. Desta forma, o documento fiscal a dar trânsito à mercadoria deveria ser emitido pela Vitaspice Brasil LTDA, CNPJ 11.159.834/0002-41, localizada no Espírito Santo onde a mercadoria foi carregada, não podendo o documento apresentado ser considerado próprio para a operação, o que caracteriza a falta de documentação fiscal.

Em relação ao argumento de ilegitimidade passiva, transcreve as determinações do art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7014/96.

VOTO

Preliminarmente informo, a respeito do pedido feito pelo impugnante quanto à troca do fiel depositário da mercadoria apreendida, através do Termo de Ocorrência Fiscal nº 210412.1201/15-5, não caber a este foro administrativo cuidar desta situação. Se, até esta data, o impugnante não tomou tal atitude, deverá se dirigir à repartição fiscal de sua circunscrição para seguir os procedimentos legais a respeito da matéria.

O Auto de Infração exige ICMS pelo fato da fiscalização do trânsito de mercadorias, no momento do exercício de suas atividades, ter detectado que o veículo de placa JS00164, pertencente à empresa ora autuada, estava transportando 25.000 kg de “pimenta preta em grão” sem documentação fiscal.

O defendente requer a nulidade do lançamento por entender ser sujeito passivo tributário ilegítimo para figurar no polo da demanda já que era, apenas, o transportador da mercadoria, não sendo seu proprietário, que, no caso, era a empresa Vitaspice Brasil LTDA. Como base legal para seu entendimento, apresenta as disposições do art. 5º, § 2º, II da lei nº 7014/96.

É equivocado o argumento externado pelo defendente.

De fato, o art. 5º da Lei nº 7014/96, em obediência à Lei Complementar nº 87/96, considera contribuinte do ICMS *“qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”*. E inclui entre eles, no seu § 2º, I, *o industrial, o comerciante, o produtor rural, o gerador de energia e o extrator de substâncias vegetais, animais, minerais ou fósseis*. Porém também inclui no inciso II, do referido parágrafo e artigo *“o prestador de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal, inclusive tratando-se de empresa concessionária ou permissionária de serviço público de transporte”*, uma vez que o ICMS é o imposto de circulação de mercadorias e serviços, nele incluído a prestação de serviço de transporte.

Por tal fato é que o autuado encontra-se inscrito como contribuinte do ICMS junto a esta Secretaria de Fazenda, devendo emitir documento fiscal quando do início do referido serviço.

Por outro lado, não pode ele transportar mercadorias que não estejam acompanhadas de documento fiscal conforme determinado na norma legal, sob pena de lhe ser atribuída a responsabilidade, por solidariedade, quanto ao pagamento do imposto.

A Lei nº 7.014/96 ao cuidar da responsabilidade solidária no art. 6º, assim determina:

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;

[...]

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.

E indo adiante ainda dispõe;

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

VI-A - emitir documento fiscal no momento da realização da operação ou do início da prestação, quando não previsto na legislação momento diverso para a sua emissão;

XIV-B. - exigir do estabelecimento vendedor ou remetente das mercadorias, ou do prestador do serviço, conforme o caso, os documentos fiscais próprios, sempre que adquirir, receber ou transportar mercadorias, ou utilizar serviços sujeitos ao imposto;

Parágrafo único. Aplicam-se aos responsáveis, no que couber, as disposições dos incisos II, IV, VI, VIII, IX, X, XIV e XV

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

[...]

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

E por fim:

Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do contribuinte ou responsável, é:

II - tratando-se de prestação de serviço de transporte:

[...]

b) onde se encontre o transportador, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhada de documentação fiscal inidônea, como dispuser a legislação tributária;

Diante destas determinações legais, não se pode acolher a pretensão do defendente de que o transportador (autuado) é sujeito passivo tributário ilegítimo para responder pelo pagamento do ICMS ora exigido.

Em assim sendo, o argumento de nulidade apresentado não tem o condão de desconstituir o Auto de Infração.

No mérito, e antes de cuidar dos fatos ocorridos e constantes no Auto de Infração, necessário que se pontue a norma tributária deste Estado a respeito da matéria ora em discussão.

A Lei nº 7014/96 no seu art. 14 define como estabelecimento, o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoa física ou jurídica exerça suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias. No seu § 1º dispõe, entre outras, que na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local onde tenha sido encontrada a mercadoria ou constatada a prestação e no seu § 2º determina que “*é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular*”.

Por seu turno, o RICMS/12 ao regulamentar a emissão de uma nota fiscal e em obediência ao quanto disposto no art. 34, da Lei nº 7014/96, no seu art. 33, § 2º veda a emissão de documento fiscal que não corresponda a uma efetiva saída ou entrada de mercadoria ou a uma efetiva prestação de serviço, exceto nas hipóteses expressamente previstas na legislação.

De igual forma, o seu art. 41 é expresso em determinar que os documentos fiscais deverão ser emitidos no estabelecimento que efetuar a operação ou prestação, com duas exceções, quais sejam:

§ 1º Mediante autorização do inspetor fazendário, poderá ser autorizada a emissão de documentos fiscais fora do estabelecimento.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na emissão de documentos fiscais eletrônicos, devendo, entretanto, o respectivo documento auxiliar acompanhar a operação ou prestação desde o seu início.

Como tanto o autuado como o remetente das mercadorias, à época dos fatos geradores, encontravam-se habilitados à emissão de NF-e (23/02/2011 e 28/02/2011, respectivamente) o referido RICMS/12 dispõe:

Art. 83. A NF-e será emitida pelo contribuinte obrigado ao seu uso ou que tenha optado:

I - na saída ou no fornecimento de mercadoria;

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.

E, embora o autuante não tenha considerado, para lavratura do Auto de Infração, a não existência na operação em lide de qualquer Conhecimento de Transporte Eletrônico - CT-e, emitido pelo autuado, é importante frisar as seguintes determinações legais e abaixo transcritas.

Art. 127. ...

Parágrafo único. Os contribuintes prestadores de serviço de transporte de carga ficam obrigados à emissão do CT-e nos prazos previstos na cláusula vigésima quarta do Ajuste SINIEF 09/07.

Art. 132. É obrigatório o uso do Documento Auxiliar do CT-e (DACTE), conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, para acompanhar o trânsito das mercadorias ou facilitar a consulta dos documentos fiscais eletrônicos. § 1º O DACTE somente poderá ser utilizado para transitar com as mercadorias após a concessão da Autorização de Uso, ou na hipótese prevista no art. 133.

Art. 137. Aplicam-se ao CT-e as normas do Conv. SINIEF 06/89.

[...]

§ 2º Nos casos em que a emissão do documento fiscal eletrônico for obrigatória, é vedada ao destinatário ou ao tomador do serviço a aceitação de qualquer outro documento em sua substituição, salvo exceção prevista na legislação estadual.

Passo aos fatos.

Analisando os documentos apreendidos pela fiscalização e aqueles apresentados pelo impugnante, tomando como verdade que a mercadoria “pimenta preta grão” de fato foi carregada (como diz a empresa e o autuante) no Espírito Santo junto à empresa VitaspaceBrasil Ltda., se observa:

1. Ela adentrou no território baiano sem qualquer documento fiscal que acobertasse o trânsito da mercadoria transportada (pimenta preta em grão).
2. Não existe, nos autos, qualquer CT-e emitido pelo transportador, autuado, conforme sua obrigação tributária legal desde 02/10/2012, quando se credenciou junta a esta SEFAZ.
3. O documento apresentado ao fisco, sem validade jurídica para tal transporte, foi a “Ordem de Carregamento Nº 21375, datada de 12/12/2015 para o transporte não de pimenta preta grão, mas sim de cravo (sem identificação da nota fiscal) do estabelecimento da Vitaspace Brasil Ltda, situado no Estado do Espírito Santos para a empresa TECON Salvador S/A situada na Av. Engº Oscar Pontes (fl. 10), empresa não contribuinte do ICMS, com CNAE 5231101 - Administração da infraestrutura portuária. Portanto documento que além de não possuir validade jurídica para o trânsito de mercadorias ainda se refere a outra mercadoria que não a autuada e naquele momento transportada.
4. A cópia do documento emitido pela Salvador Logística e Transportes LTDA, sem data (fl. 11) – “Recibo de Intercâmbio de Container”, empresa contribuinte do ICMS que tem por atividade principal o transporte rodoviário de carga (CNAE 4930202) e com atividades secundárias, entre outras, armazéns gerais - emissão de warrant (CNAE 5211701), carga e descarga (CNAE 5212500) e organização logística do transporte de carga (CNAE 5250804) somente poderia provar seu vínculo com o carregamento da carga de cravo e constante da “Ordem de Carregamento Nº 21375” que, frise-se, não possui qualquer pertinência com a mercadoria autuada, ou seja, cravo ao invés de pimenta preta em grão.

5. A NF-e nº 518 (DANFE), posteriormente apresentada (fl. 09), não têm o condão de sanar esta irregularidade, pois emitida por outro estabelecimento do tomador do serviço, situado neste Estado (localizado na BR 101, s/n, Km 326 (Moenda - Presidente Tancredo Neves/BA), quando a mercadoria já se encontrava trafegando em território baiano. O fato de ter data de 14/12/2005 e a apreensão ter ocorrido em 15/12/2015, além de comprovar a situação irregular acima exposta (confirmada pelo próprio impugnante que diz ter feito uma “parada” na filial do remetente para obter o documento fiscal), foi ela emitida posteriormente.

Além do mais, o Município de Tancredo Neves (localização da filial da VitaspaceBrasil Ltda) encontra-se ADIANTE do Município de Mucuri (Posto Fiscal onde se deu a autuação), o que torna a afirmativa do impugnante que no percurso fez uma “parada” para solicitar a nota fiscal, bastante comprometedora, pois se tal fato aconteceu, ele passou pelo Município de Mucuri, foi até o Município de Tancredo Neves e retornou ao Município de Mucuri.

E faço mais uma observação. Embora o § 2º do art. 41, em relação a uma NF-e permita que um estabelecimento outro de uma mesma empresa possa emitir o documento fiscal eletrônico de outro estabelecimento, ele é expresso em determinar que o seu DANFE acompanhe a operação ou prestação **desde o início**. Ou seja, se a VitaspaceBrasil Ltda., situada no Estado do Espírito Santo, optasse que sua filial, situada neste Estado, emitisse o documento fiscal poderia fazê-lo. Porém esta emissão deveria ter sido feita quando do início da operação de transporte no Estado do Espírito Santo para que o transportador tivesse em mãos o respectivo DANFE (que é a cópia da nota fiscal) para iniciar tal transporte. Ele (transportador) estava obrigado, legalmente e sob pena de recair em seus ombros o ônus decorrente do transporte irregular, a somente iniciar tal transporte com este DANFE. E mais, nas informações complementares do documento fiscal esta situação deveria estar indicada, o que não aconteceu no presente processo.

Afora toda esta situação, a NF-e nº 518 foi emitida de forma completamente irregular. O transportador autuado, sendo carga para exportação, jamais poderia entregar a pimenta preta em grão diretamente nos Estados Unidos à MCCORMICK GLOBAL INGREDIENTS, mas sim, a um entreposto aduaneiro, que no caso não se tem conhecimento, já que nela nada consta e os documentos referentes à exportação apresentados não se referem a mercadoria autuada. Este documento deveria ter sido emitido, a depender da forma da exportação (se realmente foi este o objetivo da carga), conforme determina o RICMS/12, indicando, nas informações complementares, todos os dados desta exportação. Na NF-e nada existe, apenas que o adquirente seria uma empresa estabelecida nos Estados Unidos da América do Norte, o que nada acrescenta, nem tampouco prova. Ou seja, mesmo se, acaso, fosse ele aceito, não é o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, não guardando os requisitos ou exigências regulamentares.

6. Quanto à “Proposta Comercial” trazida pelo autuado, sem dada e sem assinaturas (fls. 87/92), que disse ele feita com a VitaspaceBrasil Ltda, estabelecida na Av Torquato Gonçalves Guimarães, Centro, Taperoá/BA para o transporte de cravo e pimenta do reino com coleta da carga em São Mateus/ES para o Porto de Salvador, aqui nada acrescenta para o deslinde da presente lide diante da forma que os fatos aconteceram, afora que não é documento hábil à operação em debate.

Diante destas provas, efetivamente a mercadoria transportada e autuada (pimenta preta em grão) não se encontrava acobertada de qualquer documento fiscal legal, não se tendo nos autos qualquer prova, de fato, do início do carregamento, nem para onde seria descarregada, nem que tipo de operação (se exportação ou não) estava sendo realizada.

E com todas estas colocações e provas, aqui não se pode discutir que a mercadoria encontrava-se sob o manto da isenção, já que a prova de sua exportação não restou configurada.

No mais, a Lei nº 7014/96 assim dispõe;

II - inidôneo o documento fiscal que:

- a) omitir indicações;*
- b) não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação;*
- c) não guardar os requisitos ou exigências regulamentares;*
- d) conter declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou conter rasura ou emenda que lhe prejudiquem a clareza;*
- e) não se referir a uma efetiva operação ou prestação de serviços, salvo nos casos previstos em regulamento;*

Parágrafo único. Nos casos das alíneas "a", "c" e "d" do inciso II, somente se considerará inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades forem de tal ordem que o torne imprestável para os fins a que se destine.

Por tudo exposto e diante da documentação apresentada, não há como se desconstituir a infração imputada ao autuado.

Por fim, o defendente ainda argui a aplicação da multa com base no princípio da sua capacidade contributiva. Embora observe pertinência em suas colocações, sobre tal tema, não cabe a este foro administrativo a discussão, nos termos do art. 167 do RPAF/BA, além do que a multa aplicada obedece ao quanto disposto na legislação tributária deste Estado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210412.1201/15-5**, lavrado contra **JOSÉ RUBEM TRANSPORTES E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$133.237,50**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, "a" da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VATÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR