

A.I. Nº - 213080.1143/16-0
AUTUADO - TRANSPORTE LUCINI LTDA.
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.05.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0051-04/17

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS ENTREGUES EM LOCAL DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. FISCALIZAÇÃO DO TRÂNSITO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária estadual atribui a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto aos transportadores que entregarem mercadorias a destinatário diverso do indicado no documento fiscal. Infração não elidida. No entanto, houve diminuição do ICMS exigido tendo em vista que deve ser deduzido do seu montante o imposto destacado no documento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadorias em 16/11/2016, exige ICMS no valor histórico de R\$25.920,00 com multa de 100%, em razão da entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal. Consta na descrição dos fatos que as mercadorias, oriundas do Estado de Santa Catarina e remetidas pela empresa Brasil Sul Com. E Ind. de Pescados Ltda. – ME, CNPJ 15.644.488/0001-67, DANFE nº 2390, foram destinadas à empresa Oliveira Lemos Com. Repres. E Imp. De Alimentos Ltda., IE 45.773.932, localizada à Rua Rezende Costa, 3/9 – Jardim Cruzeiro, Salvador/BA. No entanto, foram efetivamente entregues na BA 526 – Ceasa, Simões Filho/BA, portanto em local diverso do citado no documento fiscal. Foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 213080.1014/16-5, conforme consta registrado no sistema desta SEFAZ - fl. 10.

O contribuinte impugna o lançamento fiscal (fls. 17/60). Após ressaltar a tempestividade de sua defesa, da suspensão da exigibilidade do crédito fiscal e apresentar síntese da ação fiscal, passa a expor o que diz ser a “*realidade dos fatos*”.

Informa ser empresa de transporte rodoviário de cargas e que foi contratada pela empresa Brasil Sul Comércio e Indústria de Pescados Ltda. - ME para o transporte de mercadorias entre as cidades de Itajaí (SC) e Salvador (BA). Que o Documento Auxiliar de Conhecimento de Transporte Eletrônico (DACTE) e Notas Fiscais indicam como destino das mercadorias a sede da empresa Oliveira Lemos Com. Repres. e Imp. de Alim. Ltda., em Salvador (BA), situada à Rua Rezende Costa, 3/9, Jardim Cruzeiro. No entanto, durante o trajeto, o motorista do veículo, Sr. Jusemar, necessitou de informações para chegar até o seu destino final. Somente conhecendo como único ponto de referência o local denominado como CEASA, situado em Simões Filho, Salvador (BA), onde colegas de profissão encontravam-se, dirigiu-se até o mesmo, o que ocasionou os fatos ora discutidos, ou seja, “*no momento da entrega das mercadorias, restou a Recorrente autuada, por encontrar-se portando documento inidôneo, porquanto, o endereço da nota fiscal era diversa da entrega das mercadorias, UM VERDADEIRO EQUÍVOCO*”.

Registra de que as mercadorias não foram descarregadas no local da suposta autuação, fato que se comprovava através das fotos que apresenta, onde consta que o compartimento de carga do mencionado veículo encontrava-se lacrado, “*ou seja, não realizou-se a descarga no local, tido*

como supostamente diferente do registrado aos documentos fiscais”.

Por fim, informa que em nenhum momento foram deixados de recolher os tributos devidos, bem como, de efetuar o transporte desacompanhado de qualquer documento, pois esta responsabilidade é tão somente do emitente da nota fiscal. Por consequência, o presente Auto de Infração é ilegal, devendo ser declarado insubsistente.

Passa a discorrer sobre a ilegitimidade passiva do transportador com as seguintes alegações:

1. *“Primeiramente, quanto à responsabilidade pela emissão dos documentos, cumpre apontar a ilegitimidade passiva da transportadora, ora Recorrente para responder pelas supostas infrações cometidas, senão vejamos: Muito embora o órgão julgador tenha entendido pela responsabilidade da transportadora, nos termos da legislação estadual, deixou de manifestar-se quanto à tese de defesa, indo de encontro à diversos julgados - em casos idênticos - que entenderam não ser legítima a inclusão do transportador no polo passivo da autuação”.*
2. Identificando-se como “Recorrente”, informa que foi contratado com a finalidade de efetuar o transporte das mercadorias de propriedade da empresa Brasil Sul Comércio e Indústria de Pescados Ltda. - ME, sediado na cidade de Itajaí (SC), conforme consta do DACTE e notas fiscais que apensa aos autos.
3. Que tais situações estão ocorrendo com frequência com as transportadoras, vez que os Fiscos Estaduais as estão responsabilizando pelo pagamento do tributo quando consideram inidôneas as notas fiscais emitidas pela empresa fornecedora. Porém é notório que meras irregularidades nos documentos fiscais não podem ser atribuídas ao transportador, mas sim, ao emitente do documento fiscal, já que o art. 5º da Lei Complementar nº 87/96 (transcrito) exige, para a responsabilização do transportador, a configuração de sua concorrência para o não recolhimento do ICMS.
4. E, em atenção aos arts. 136 e 137 do CTN, a responsabilidade do transportador, por infração material, exige análise subjetiva. Nesta sua argumentação, apresenta diversos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (afirmando ser matéria já consolidada) e do Tribunal Administrativo daquele Estado a respeito de irregularidades constatadas em documento fiscal (falta de documento fiscal, nota fiscal inidônea e atribuição de responsabilidade tributária ao motorista do veículo ao invés da empresa transportadora). E neste caminho afirma: *“Extrai-se da fundamentação do acórdão acima: Em outros processos julgados já me manifestei contrário à responsabilização de transportador por inidoneidade de documento fiscal não caracterizada no próprio documento ou mesmo facilmente perceptível por aquele contratado para fazer o transporte das mercadorias. Não fosse assim, estar-se-ia impondo um elevado ônus ao transportador sem que este tivesse contribuído ao menos com imprudência ou imperícia na execução de sua atividade precípua. Desta forma, não há como impor, no caso presente, a responsabilidade solidária ao transportador pela suposta inidoneidade do documento fiscal, característica esta consignada na situação cadastral do destinatário perante o fisco competente para tal, qual seja, o fisco paraibano”.*
5. Que ao contrário do que mencionou “o julgador a quo”, quando da capitulação da infração (art. 344, V do RICMS), não foi a situação cadastral do emitente que foi posta em dúvida na autuação e sim a do destinatário, distinção esta importante para a configuração do ilícito e, principalmente, para caracterização da solidariedade pretendida. E neste caminho, passa a impugnar um lançamento que houve (não identificado, porém com referência ao Estado da Paraíba) onde o destinatário das mercadorias encontrava-se com sua situação cadastral irregular, insurgindo-se contra tal fato, pois em *“estar o destinatário das mercadorias à época da autuação não habilitado pelo fisco do seu Estado, não configura, a priori, em irregularidade imputável a um terceiro”.*

6. Considera desnecessárias tecer considerações quanto ao aspecto do alcance da legislação tributária estadual, conquanto já configurada a improcedência do feito, *“sem prejuízo de ressaltar o meu posicionamento já assente neste Conselho quanto à matéria, considerando que o remetente da mercadoria é contribuinte do estado de São Paulo e o destinatário, da Paraíba”*.

Conclui este tópico de sua impugnação com os seguintes argumentos: *“Em resumo, considerando que a situação não se enquadra no disposto no art. 344 do RICMS, que trata da matéria, a impossibilidade material de o autuado conhecer da situação apontada como irregular e caracterizadora da alegada inidoneidade, o alcance das legislações tributárias estaduais, e a ausência de caracterização da conduta do autuado como infratora às normas tributárias estaduais, impõe-se a declaração de improcedência do feito. Em síntese, não se nota qualquer participação da Recorrente na emissão equivocada dos documentos apresentados, até porque, nada consta na descrição do auto de infração, afastando assim qualquer indício de ato ilícito, dolo ou nexo de causalidade. Ademais, também não se nota na autuação qualquer menção à ausência de documentação fiscal, mas sim apresentação de documentação inidônea, não sendo caso de vício passível de pronta percepção pelo transportador, descabendo assim a sua responsabilização. Do contrário, em caso de transporte de qualquer documentação, poder-se-ia apontar eventual responsabilidade da Recorrente, não podendo valer-se da sua própria torpeza para esquivar-se da sua obrigação, o que não se nota no presente caso. Por outro lado, também não foi deixado de recolher o imposto devido, conforme comprovantes anexos. É que, para o transportador, salvo, como já dito, discrepância flagrante, o que importa é a condução de mercadoria acompanhada de nota fiscal, não sendo responsável por deficiências quanto à sua emissão, notadamente porque não é o emitente dessa documentação fiscal e, tampouco, agente fiscal. Ademais, demonstrando-se que não houve qualquer má fé, foi emitida posteriormente a Nota Fiscal nº 7, retificando as informações constantes. Assim, resta evidenciada a atuação fiscal irregular, não sendo a Impugnante responsável e assim, sujeito passivo para responder pelas infrações surgidas”*.

Passa a discorrer sobre a boa fé da transportadora autuada. Afirma que outra circunstância a ser revista, sequer analisada pelo órgão julgador, é a existência, ou não, de boa-fé por parte da Recorrente, quando do transporte das mercadorias acompanhadas de documento com informações equivocadas. No caso, restou mais que evidente a sua boa-fé, tendo em vista que portava todos os documentos necessários para a prestação do serviço de transporte de mercadorias, prestou todas as informações e em momento algum praticou qualquer ato que pudesse, de alguma forma, desvalorizar sua postura ética. Assim, *“As considerações do fisco, para a suposta existência de documento inidôneo, imputado à Recorrente, são baseadas em informações que não representam a realidade do caso”*. E, *“alinhado a todos os fatos e provas já apresentados pela própria fiscalização, percebe-se nitidamente a presença de boa-fé da Recorrente, motivo pelo qual se deve afastar a sua responsabilidade quanto ao pagamento do tributo e da multa aplicada”*.

Apresenta tópico a respeito da nulidade do Auto de Infração, comentando que a atividade do fisco não é discricionária, devendo o Auto de Infração estar revestido de alguns requisitos essenciais para sua validade.

No caso presente, o fisco estadual utilizou como base de cálculo para aplicação da multa de 120% o valor de R\$144.000,00, de forma discricionária, portanto não condizente com a realidade, uma vez que da análise à nota fiscal, constata-se que o seu valor total é R\$120.000,00, sendo 15.000 kg de "Corvina Posta" ao custo unitário de R\$8,00.

Afirma notar que no lançamento fiscal não há qualquer menção aos valores das mercadorias, mas tão somente quanto ao endereço na nota fiscal ser diverso do local das entregas. E que a fiscalização lavrou Auto de Infração com informações que não correspondem à realidade, ou seja, efetuou cobrança de valores a maior, *“quando na verdade, não existem, e até porque, já se*

encontra devidamente recolhido o tributo”, maculando de morte a sua pretensão. Neste sentido transcreve as determinações do art. 17 da Lei nº 6.537/73 e conclui este tópico afirmando: “Neste caso se conclui nítida e claramente que ausente está os requisitos essenciais, uma vez que lavra auto de infração com informações diversas da nota fiscal apresentada, que no caso, deveria ter sido utilizado como base para qualquer lançamento”.

Passa a contestar a multa de 120% aplicada dizendo ter havido ofensa aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco.

Frisando de que além de ter recolhido o tributo da forma exigida pelo Estado do Rio Grande do Sul, de haver arbitramento (pelo fisco) de uma diferença de tributo inexistente, ainda lhe foi imputada multa no percentual de 120%, a qual, configura-se claramente exorbitante e confiscatória, nos termos do artigo 9º, inciso III da Lei 6.537/73, como transcreve.

Discorre a respeito do não confisco, citando o art. 150, IV da Constituição Federal e apresenta decisão do STF que reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário nº RE 736.090/SC, quanto à exigibilidade de multa qualificada de 120% sobre o não recolhimento de determinado tributo.

Em seguida, passa a tecer considerações a respeito do princípio da proporcionalidade, citando ensinamentos dos Profs. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (in Direito Constitucional Descomplicado, 4ª ed. Ver e ampliada, São Paulo, Método, 2009, pag. 163) e observa de que o mesmo alberga os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais comenta e base de reiteradas decisões do STF.

E que embora o princípio da proporcionalidade não esteja expressamente inserto na Constituição Federal, a Lei 9.784/1999, no seu art. 2º, o incluiu no regulamentando do processo administrativo federal.

Termina tal discussão com a seguinte conclusão: *“Por certo que a lei acima diz respeito ao processo administrativo federal, mas deve, também o municipal, se pautar nestes princípios. É, assim, dever do fisco, quando de sua atuação frente aos administrados, a consideração razoável e proporcional de suas atitudes, evitando-se a aplicação de medidas excessivas e descabidas, quando outras mais brandas lhe pudessem servir, de modo que referente ao caso em tela, é certo que não restam motivos mais que sustentem a referida atuação, pois viola preceito constitucional, além de entendimento pacificado no âmbito dos próprios Tribunais Estaduais e também do Superior Tribunal de Justiça – STF”.*

Por fim, requer a nulidade do presente Auto de Infração por todas as razões ora expostas e protesta pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, especialmente a juntada dos documentos acostados ao final.

A fiscal autuante presta sua informação (fls. 85/91). Após sintetizar a defesa apresentada afirma que a tese apresentada pelo autuado resta equivocada.

1. Em relação ao pedido de suspensão do crédito tributário não é necessário requerer, pois o sistema apropria automaticamente e é deferido sem a necessidade de requerimento.
2. Diz que a infração resta provada e que *“A premissa do requerente não se aplica ao caso e ação fiscal restringe-se a responsabilidade das transportadoras”.*
3. Em relação à suposta multa de 120% invocada pelo autuado, além de inexistente, resta consignada no sistema da memória de cálculo e no campo próprio, inclusive situação obrigatória pois motivo determinante da autuação. *“Enfim, o servidor cumpre o que determina o artigo 42, da Lei 7.014/96, que consta no sistema automático”.* Neste sentido transcreve enxerto do voto proferido pelo Conselheiro Eduardo Ramos de Santana no acórdão JF 0012-04/10 e diz que não é poder discricionário da fiscalização a sua aplicação. Informa, em seguida que conforme determinações do art. 45 da referida lei, pode ela sofrer reduções conforme indica, transcrevendo o referido artigo.

4. Em relação à ausência do rompimento do lacre, afirma ser argumento sem importância, pois o caminhão transportador foi encontrado dentro da MQI Pescados e não poderia ser aberto porque o preposto fiscal temia por um "choque térmico". No entanto, a descrição constante no DANFE serviu como base de cálculo para apuração do Imposto. E, mais importante, o recebedor das mercadorias foi eleito como fiel depositário das mesmas, caracterizando, de forma incontestável, a entrega em local diverso do indicado no referido DANFE.
5. Que a equipe de fiscalização que efetuou a lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal e executou a ação fiscal teve início ao abordar um veículo transportador trafegando pela BR-324. Foi verificado de que o mesmo estava transitando com um documento fiscal tendo como emitente a empresa denunciada e com destino uma empresa no bairro da Cidade Baixa. Para provar que havia um desvio do percurso, o veículo transportador foi seguido e foi verificado que as mercadorias estavam sendo entregue na MQI Pescados na CEASA, IE 658.215.50.

Relata que a equipe de fiscalização encontrava-se esperando por uma descarga para flagrar uma operação da empresa MQI que estava efetuando operações fictícias, ou seja, recebendo mercadorias (corvina) e "armazenando" no Estado de Santa Catarina (DANFES em anexo I e II). Foi nesta situação que se materializou esta ação fiscal. E, conforme determina a Inspetoria, objetivando comprovar infração, o veículo transportador foi seguido e constatado a descarga e a entrega das mercadorias em local diverso do indicado no documento fiscal. Complementando a ação fiscal foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal e como o material era perecível, foi contatada a empresa real destinatária das mercadorias, que restou como fiel depositária das mercadorias. Informa ainda: *“Não por coincidência ao chegar no local abordamos um outro caminhão descarregando e foi lavrado um Auto também em nome de um outro do transportador e quitado no mesmo dia”*.

6. Que o defendente nada justifica e levanta uma suspeita de que a responsabilidade não é do transportador pela emissão do documento fiscal. No entanto, a acusação é objetiva e cristalina, ou seja, entrega de mercadorias a destinatário diverso do constante na nota fiscal que acoberta a operação.
7. Ressalta de que o art. 6º, III é claro ao atribuir a responsabilidade pelo pagamento do imposto aos transportadores em relação às mercadorias que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação. Nesta sua argumentação transcreve o art. 39, I “d”, do RICMS/97.

Por fim, observa que *“Na seara tributária, a relação jurídica estabelece-se, em face do que resulta da leitura conjunta do art. 119 e art. 121, ambos do CTN, entre a entidade política competente para instituir e exigir o tributo e a pessoa que, por manter relação direta com o respectivo fato gerador do imposto”* e, para corroborar o seu posicionamento transcreve a Ementa do voto prolatado pelo julgador José Bezerra Lima Irmão no Acórdão JFJ Nº 0098-03/10.

Ratifica o lançamento fiscal.

VOTO

Trata o presente auto de infração de exigência de ICMS sob a acusação de entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal. Consta na descrição dos fatos que a mercadoria (corvina posta) constante do DANFE nº 2390 emitido pela empresa Brasil Sul Com. Repres. e Imp. de Alimentos Ltda. – ME, situada no Estado de Santa Catarina (fl. 04) foi adquirida pela empresa Oliveira Lemos Com. Repres. e Imp. de Alim. Ltda., localizada no Município de Salvador, à Rua Rezende Costa, 3/9 no bairro de Jardim Cruzeiro. A equipe da fiscalização de trânsito desta Secretaria de Fazenda constatou que a mercadoria estava, efetivamente, sendo entregue à empresa MQI Pescados, localizada na BA-526 – CEASA no Município de Simões Filho/BA. Foi lavrado o Termo de Ocorrências nº 213080.1014/16-5, conforme consta registrado no sistema desta SEFAZ - fl. 10.

O impugnante advoga, em apertada síntese, não poder figurar no polo passivo da autuação já que não é o responsável pela emissão do documento fiscal, uma vez que na autuação não existe qualquer menção à ausência de documentação fiscal, mas sim, apresentação de documentação inidônea. E sobre tal tema discorre minuciosamente.

Com relação às alegações de defesa, é necessário pontuar que o impugnante equivocou-se.

A uma, toda a sua sustentação trata de autuação (não se sabe qual, pois não explicitada) onde o recebedor das mercadorias situava-se no Estado da Paraíba, ou seja, não possui qualquer pertinência com a presente, lançamento fiscal realizado pela Receita Estadual do Estado da Bahia. Inclusive, a sua defesa se pauta contra decisão de 1º Instância, que não se tem conhecimento de qual Estado. É por tal fato que ele próprio se denomina recorrente e adentra na análise feita por esta instância quando do julgamento. Assim, e, por exemplo, a discussão por ele apresentada sobre as determinações do art. 344, V, do RICMS/97, nem o RICMS/12 deste Estado podem ser aventados, pois tratam de matéria alheia à presente.

Em segundo, em qualquer momento a autuação não se pautou em documento fiscal inidôneo, mas sim, na entrega de mercadoria acobertada por documento fiscal idôneo, quando o transportador (autuado) a estava entregando em local diverso do consignado no documento fiscal.

Diante destas constatações, toda a argumentação do impugnante em não figurar no polo passivo da autuação resta prejudicada.

Voltando para a autuação, ou seja, “*entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal*”, a Constituição Federal no seu art. 155, XII, “a” dispõe que cabe à lei complementar definir os seus contribuintes.

O art. 121, Parágrafo único, II, do CTN (que tem força de lei complementar) é expresso em indicar como sujeito passivo da obrigação principal do tributo o “*responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorre de disposição expressa de lei.*” E o seu art. 124, II determina serem solidariamente obrigadas “*as pessoas expressamente designadas por lei*”.

Por seu turno, a Lei Complementar nº 87/96 no seu art. 5º dispõe que a “*Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo*”.

Obedecendo ao comando da norma superior, a Lei nº 7.014/96 no seu art. 6º dispõe que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS, entre outros:

III - os transportadores em relação às mercadorias:

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

E o momento da ocorrência do fato gerador nasce:

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

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

- a) *o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;*

Pelo exposto, sendo pertinente a autuação, o impugnante é o responsável tributário por entregar mercadoria a estabelecimento que não o indicado no documento fiscal. Observo que a sua responsabilidade solidária decorre de lei já que transportava as mercadorias, sendo que ela começou no início do transporte e somente finda quando da entrega das mercadorias ao destinatário, indicado no documento fiscal.

E sobre o término de sua responsabilidade, adentro neste momento sob outra alegação do impugnante.

Diz ele que não resta provado nos autos a entrega da mercadoria em local diverso do constante

dos documentos fiscais, uma vez que o lacre da carroceria do veículo ainda não tinha sido deslacrado, apresentando fotos. Que o motorista somente estava na empresa MQI Pescados, localizada na BA-526 – CEASA no Município de Simões Filho/BA para buscar informações a respeito do endereço da Oliveira Lemos Com. Repres. e Imp. de Alim. Ltda., localizada no Município de Salvador, à Rua Rezende Costa, 3/9 no bairro de Jardim Cruzeiro com “conhecidos seus”.

Este é argumento de difícil aceitação. Primeiro, se as mercadorias estivessem já descarregadas, como acima visto, cessaria a sua responsabilidade perante as mesmas. Em segundo, é bastante difícil se acreditar que um motorista de um veículo que tem por atividade percorrer o País levando encomendas, parar no Município de Simões Filho para obter informação de uma rua situada no Município de Salvador. Em terceiro, se por um improvável equívoco este fato tivesse acontecido, o veículo jamais poderia está dentro de um estabelecimento que comercializa com o mesmo produto (corvina posta) como restou provado pela fiscalização do trânsito de mercadorias deste Estado. Em quarto, antes da apreensão das mercadorias, o fisco percebeu que o veículo transitava na BR-324 com documentação regular. Foi ele seguido, quando foi verificado que as mercadorias estavam sendo entregue na MQI Pescados na CEASA. Em quinto, para que o autuado possa comprovar a sua alegação, necessário possuir prova cabal do improvável acontecimento.

Prossegue o defendente que este foro administrativo não pode deixar de analisar a existência, ou não, de boa-fé por parte do autuado, “*quando do transporte das mercadorias acompanhadas de documento com informações equivocadas*”. Diz que no caso, restou mais que evidente a sua boa-fé, tendo em vista que portava todos os documentos necessários para a prestação do serviço de transporte de mercadorias, prestou todas as informações e em momento algum praticou qualquer ato que pudesse, de alguma forma, desvalorizar sua postura ética.

Em primeiro, aqui não se discuti “informações equivocadas” constante no documento fiscal e sim a entrega de mercadoria a outro estabelecimento que o consignado na nota fiscal.

Em segundo, a Lei nº 7014/96, com base no art. 136 e 137, III do CTN, assim dispõe:

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.

Diante da norma legal, inclusive com base no CTN, esta alegação não tem o condão de desconstituir a infração, nem apresenta motivação para se adentrar nesta seara.

Aduz ainda o impugnante de que o Auto de Infração é nulo uma vez que o fisco estadual utilizou como base de cálculo o valor de R\$144.000,00, de forma discricionária, uma vez que da análise da nota fiscal, constata-se que o seu valor total é R\$120.000,00, ou seja, efetuou cobrança a maior. Diz que no lançamento fiscal não há qualquer menção a valores das mercadorias, e sim, tão somente quanto ao endereço na nota fiscal ser diverso do local das entregas. Em assim sendo, maculou de morte o Auto de Infração já que ele não possui os seus requisitos essenciais de validade. Transcreve as determinações do art. 17 da Lei nº 6.537/73.

Pontuo, em preliminar, que a Lei nº 6.537/73 é lei estadual do processo administrativo fiscal do Estado do Rio Grande do Sul. Em assim sendo, inaplicável ao Estado da Bahia.

O processo administrativo fiscal deste Estado é regido pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999 – RPAF/BA que tem por base o Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

E determina o RPAF/BA:

Art. 31-A. O Fisco Estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:

[...]

III - as mercadorias encontradas em local diverso do indicado na documentação fiscal.

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

[...]

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;

E no mais, determina o seu art. 39:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

I - a identificação, o endereço e a qualificação fiscal do autuado;

II - o dia, a hora e o local da autuação;

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;

b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido;

c) a alíquota ou, quando for o caso, o percentual de cálculo do tributo;

d) o percentual da multa cabível ou a sua determinação em quantidade de Unidades Padrão Fiscal (UPF-BA);

e) o valor ou as parcelas do tributo ou dos acréscimos tributários decorrentes de pagamento intempestivo, por período, com indicação precisa do valor histórico e do valor atualizado até a data da autuação;

f) o total do débito levantado;

V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:

a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;

b) tidos como infringidos;

c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;

VI - outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal;

VII - a intimação para impugnação administrativa no prazo de 60 (sessenta) dias, com indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida;

Ao analisar o Demonstrativo de Débito (parte integrante do Auto de Infração - fl. 02) a autuante indicou a mercadoria (corvina) com o valor total consignado no documento fiscal – R\$120.000,00 (no caso não havendo necessidade da apuração do seu valor unitário já que constante no documento fiscal), aplicou a MVA de 20%, pois imposto apurado através de irregularidade fiscal havida no trânsito de mercadoria (fase de tributação encerrada), o que elevou esta base de cálculo para o montante de R\$144.000,00 (art. 22, V, da Lei nº 7.014/96). E sobre a mesma calculou o imposto com alíquota de 18%, conforme determina a legislação tributária vigente deste Estado. E, para completar, ainda apresentou Memória de Cálculo (fl. 13) com todos os dados do DANFE nº 2390.

Em assim sendo, não houve qualquer ato discricionário da autuante, não há aumento fictício do valor da base de cálculo, bem como, toda ela resta apurada e discriminada no Auto de Infração.

Ou seja, em análise do Auto de Infração à luz da legislação acima exposta, o lançamento fiscal encontra-se revestido das formalidades legais, estando perfeitamente determinados o autuado, a natureza da infração com a respectiva multa, baseado em dispositivo legal e o montante do débito tributário, que teve por base o próprio documento fiscal apresentado (DANFE nº 2390).

No entanto, embora não contestado pelo defendente, observa-se que a autuante aplicou as determinações do § 3º do art. 318, do RICMS/12 referente ao regime sumário de apuração do imposto. Por tais determinações, se as mercadorias estiverem desacompanhadas de documentação fiscal ou acompanhadas de documento inidôneo, se aplicará o referido regime sumário sendo que o imposto será exigido pelo seu total, sem qualquer dedução. Acontece que na presente situação, não se trata de documento fiscal inidôneo, pois é inclusive, base para apuração do imposto. Em assim sendo, a regra a ser obedecida é do seu § 1º que assim determina:

Art. 318. No regime sumário de apuração, o imposto a recolher resultará da diferença a mais entre o valor do ICMS relativo à operação ou prestação a tributar e o relativo a operação ou prestação anterior, efetuada com as mesmas mercadorias ou seus insumos ou com o mesmo serviço, e se aplicará nas seguintes hipóteses:

I - operações e prestações sujeitas à antecipação tributária;

§ 1º O ICMS a ser retido ou antecipado será calculado aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas sobre a base de cálculo, sendo que, do valor do imposto resultante, será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte.

Portanto, o crédito fiscal destacado no DANFE deve ser deduzido do imposto ora exigido, conforme a seguir.

IMPOSTO EXIGIDO	CRÉDITO DO DANFE 2390	IMPOSTO A SER RECOLHIDO
25.920,00	8.400,00	17.520,00

Por fim, o impugnante impugna a multa aplicada de 120%. Em síntese, todo o argumento do defendente é de que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, desobedecendo aos princípios do não confisco e da proporcionalidade, sendo que os Cortes Superiores do País já firmaram posição neste sentido.

Inicialmente observo de que a multa aplicada não foi de 120% e sim de 100%. No mais, ressalto que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia integra a estrutura administrativa da Secretaria da Fazenda, portanto integra o Poder Executivo Estadual. Compete a ele, no âmbito administrativo, “*julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária e as impugnações e recursos do sujeito passivo, interpostos a qualquer medida ou exigência fiscal, obedecendo aos princípios do contraditório, da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito*”.

E, conforme competência administrativa, a norma regulamentadora do processo administrativo fiscal (RPAF/BA – Decreto nº 7.629/99) expressamente retira da competência desse Colegiado abordar questões de inconstitucionalidade da legislação tributária vigente. Tal previsão encontra-se expressa no art. 167, I, do nominado decreto - *Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade;*

No presente caso, a multa aplicada obedeceu ao quanto disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente ao art. 42, I, “c” da Lei nº 7.014/96, conforme a seguir indico:

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

IV - 100% (cem por cento) do valor do imposto:

c) quando a mercadoria for entregue ou o serviço for prestado a destinatário ou usuário diverso do indicado no documento fiscal;

Por tudo exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação no valor de R\$17.520,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **213080.1143/16-0**, lavrado contra **TRANSPORTE LUCINI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.520,00**, acrescido das multas de 100%, prevista no art. 42, IV, “c” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2017

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

VATÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO - JULGADORA