

PROCESSO - A. I. Nº 210765.1844/16-3
RECORRENTE - FOCUS LOGÍSTICA SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA. (FOCUSLOG LOGÍSTICA SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0121-02/17
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/07/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0112-11/18

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DO RESPECTIVO DOCUMENTO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não ficou configurada a responsabilidade da transportadora, comprovada que em função da peculiaridade da operação, a documentação que acompanhou as mercadorias acoberta legalmente a operação. Infração insubsistente. Não acolhidas às arguições de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente, em relação ao julgamento proferido pela 1ª JJF, através do Acórdão, JJF Nº 0121-02/17, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 210765.1844/16-3, lavrado em 03.10.2016, para reclamar o recolhimento de ICMS no valor de R\$175.157,28, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, decorrente da seguinte infração: 51.01.01 - “Transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal.”.

Na descrição dos fatos, assim se pronuncia o preposto autuante:

Refere-se a mercadorias assim discriminadas: 07 aparelhos de ecógrafos de marca Toshiba, 02 kits 4 D de marca Toshiba, e 03 transdutores de marca Toshiba, que foram apresentados pelo motorista Augusto Cesar Soares, CPF – 069.350.076-07 no Posto Fiscal com os DACTE’S 015934 a 015936 emitidos pela Transportadora Focuslog Logística, Serviços e Transportes Ltda., CNPJ – 04.824.534/0002-74, acompanhados com relação das mercadorias acima citadas, no entanto sem documentação fiscal que acobertasse a operação de transito de São Paulo para a Bahia, conforme Termo de Ocorrência e Documentos Anexos.

Efetuando o enquadramento da infração no que dispõe o Artigo 6º, incisos III, alínea “d” e IV; 34, incs. VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014-96, c/c os artigos 83, inciso I; 101 do RICMS, tipificando a imposição de multa no que dispõe o Artigo 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Da análise do processo assim se pronunciou a 1ª JJF:

VOTO

O defendente arguiu a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que não ocorreu o fato gerador do ICMS que foi lançado de ofício.

Essa arguição de nulidade não se sustenta, pois, nos termos do §3º do artigo 40 da Lei nº 7.014/96, a mercadoria que for encontrada em trânsito no território baiano desacompanhada da devida documentação fiscal será considerada em situação irregular, sendo, portanto, devido o devido o ICMS referente às operações subsequentes que ocorrerão com essa referida mercadoria.

Afasto a arguição de ilegitimidade passiva do autuado na relação jurídico-tributária tratada no Auto de Infração em tela, pois o art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7.014/96, prevê que os transportadores são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito relativamente às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino. É relevante salientar que essa responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem, podendo o imposto ser exigido do contribuinte ou do responsável solidário ou de ambos, nos termos do §3º do art. 6º da citada Lei.

Foi alegado na defesa que houve abuso por parte da autuante ao reter não só as mercadorias transportadas, mas também o veículo e a carteira nacional de habilitação (CNH) do motorista que transportava as referidas mercadorias. Assim, solicita a liberação do veículo e da referida CNH.

Nos termos do art. 31-E do RPAF-BA/99, a apreensão de mercadorias constitui um procedimento fiscal destinado a documentar a infração apurada, para efeitos de constituição de prova material do fato, não se constituindo, portanto, em um meio de compelir os contribuintes a efetuarem o pagamento do imposto, como foi alegado na defesa. No caso concreto em análise, as mercadorias apreendidas já foram liberadas, conforme Termo de Liberação à fl. 27 dos autos.

Já no que tange à alegada apreensão do veículo transportador das mercadorias e da CNH do motorista, esse fato não consta no Termo de Apreensão e nem há prova nos autos de tal fato. Contudo, caso reste comprovada tal apreensão, o pedido de liberação deverá ser dirigido à repartição fazendária responsável pela apreensão, uma vez que o atendimento de tal pleito não se inclui entre as competências deste órgão julgador administrativo.

Ultrapassadas as questões acima e adentrando ao mérito da lide, inicialmente saliento que as mercadorias apreendidas foram encontradas em trânsito no Posto Benito Gama, conduzida pelo motorista do autuado, desacompanhada de documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, fato que não é negado na defesa interposta.

A tese defensiva atinente a não incidência de ICMS na transferência de patrimônio da sociedade empresária Diagnósticos da América S.A. não se sustenta, uma vez que as mercadorias apreendidas estavam em situação irregular no território baiano, não havendo assim como se cogitar da aplicação do previsto na Súmula 166 do STJ. Além disso, há que se observar que o art. 12, inc. I, da Lei Complementar 87/96 deixa claro que ocorre fato gerador do ICMS “no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.”

O DACTE e o DAMFE acostados aos autos serviram para amparar a prestação de serviço de transporte, porém esses documentos não substituem a nota fiscal que deveria acobertar o trânsito das mercadorias em comento. Do mesmo modo, as declarações acostadas ao processo não possui o condão de substituir o documento fiscal que deveria ter acompanhado as referidas mercadorias.

Considerando que a Diagnósticos da América S.A. não era contribuinte do ICMS e que não estava obrigada a emissão de nota fiscal, deveria o transporte das mercadorias estar acobertado por nota fiscal avulsa emitida pela repartição fazendária da unidade federada de origem. Saliento que, conforme a consulta citada à fl. 156, a legislação tributária do Estado de São Paulo dispensa a emissão da nota fiscal avulsa apenas nas operações internas, o que não era o caso da presente lide, a qual trata de operação interestadual.

As fotocópias das Notas Fiscais nºs 1886 e 11857 (fls. 119 e 120) emitidas pela Toshiba Medical do Brasil Ltda. para a empresa Diagnósticos da América S.A., localizada no Estado de São Paulo, correspondentes às mercadorias apreendidas, não são capazes de elidirem a infração, pois são referentes à operação interna, ocorrida no Estado de São Paulo, no mês anterior ao da autuação. Ademais, essas notas fiscais foram apresentadas após a apuração do trânsito irregular das mercadorias, conforme disposto no art. 40, §§ 3º e 6º, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcrevo:

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.

(....)

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

Assim sendo, concluo que restou comprovada a irregularidade apontada no Auto de Infração e, por força do disposto no art. 6º, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, o transportador das mercadorias, no caso o autuado, responde solidariamente pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito.

Sobre a alegação defensiva de que a multa indicada na autuação, equivalente a 100% do valor do imposto lançado, teria o caráter de confisco, saliento que a sua aplicação é prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, não cabendo a esta Junta de Julgamento Fiscal a apreciação de argumentos quanto à constitucionalidade da legislação tributária estadual, ao teor do disposto no art. 125, inc. I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

Quanto ao pedido para que as publicações e intimações acerca do presente feito sejam realizadas em nome dos advogados que subscrevem a defesa, no endereço que declinam, nada obsta o atendimento de tal pleito, porém ressalto que o não atendimento a esse pedido não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no art. 108 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal,

aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).

Ante o exposto, voto pela *PROCEDÊNCIA* do Auto de Infração.

Inconformado, o recorrente, tempestivamente, apresentou Recurso Voluntário, fls. 183/203, apresentando suas razões recursais que a seguir analisamos.

Inicialmente, tece considerações sobre a autuação efetuada pelo preposto fiscal, identificando as mercadorias que deram origem ao Auto de Infração como sendo de propriedade da empresa DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S.A, destacando o que consta nos DACTES 015934 a 015936, que estariam acompanhados de formulários emitidos pelo remetente das mercadorias com identificação de se tratar de “transferência de patrimônio”, e DAMPFE Nº 002432, fls. 11/17.

Faz destaque do fato de a autoridade que efetuou a apreensão das mercadorias haver também efetuado a apreensão de documentos pessoais do motorista condutor das mesmas e do veículo, retendo-os durante o período de 03/10/2016 a 08/10/2016, o que, destaca, configuraria “*evidente abuso de autoridade*”.

Argumenta ainda que a operação se refere a remessa de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos da mesma empresa que estaria acobertada pela não incidência, com base no que entendeu o STJ, através a Súmula 166.

Argui ainda a “ilegitimidade passiva” em face do conhecimento da propriedade das mercadorias, de DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S.A, que se viu impelida a impetrar Mandado de Segurança para que fosse determinada a liberação das mercadorias, dos documentos pessoais do condutor do veículo OYT-5988/PE e o próprio veículo, mandado este concedido através despacho exarado no Processo 0509258-57.2016.8.05.0274, da 1ª Vara da Fazenda Pública, da Comarca de Vitória da Conquista, destacando:

2.1.4. Inclusive, merece destaque que o referido Mandado de Segurança não se limitou à análise do pedido de liberação da mercadoria, mas atestou a ausência da fato gerador de ICMS no presente caso, conforme registrado na sentença (Doc. 02) do referido mandamus, que deferiu a segurança requestada, corroborando com o entendimento de que a tributação do ICMS se aplica à circulação de mercadorias propriamente dita, o que não ocorre no deslocamento de produtos entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo contribuinte, por mera questão de logística interna, conforme preceitua a Súmula 166 do STJ.

Destaca o que determina o Artigo 6º, inciso III da Lei nº 7.014/96 ao presumir a solidariedade do transportador pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, anotando que tal solidariedade apenas ocorreria em caso de haver incidência de ICMS na operação.

Várias vezes, em sua peça recursal, afirma a ilegalidade da apreensão das mercadorias, dos documentos do motorista condutor e do veículo utilizado, sob a alegação de não haver desconhecimento da propriedade das mesmas, que visaria tão somente servir de coação ao pagamento de tributos, e, mais ainda, que seria uma infração ao que determina o RPAF BAHIA em seu Artigo 2º, que assim se expressa:

“Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.”

Dando sequência à sua argumentação tece considerações sobre as hipóteses de incidência do ICMS, citando preceitos constitucionais, tributaristas vários, a exemplo de Roque Antônio Carraza e Geraldo Ataliba, cita decisões do STJ, em especial a Súmula 166, para em seguida tecer considerações a respeito da imposição da multa de 100% como confiscatória.

Por fim, requer:

Como preliminar de nulidade:

1. que seja reconhecida a ilegitimidade passiva da autuada, pelas razões e fundamentos expostos nesse recurso.
2. que seja reconhecida a patente nulidade do Auto de Infração recorrido em face da afronta a

princípios constitucionais, bem como diante da não incidência do ICMS objeto da cobrança realizada.

No mérito, seja julgado improcedente a exigência fiscal em razão de:

1. Reconhecer que o imposto exigido pela circulação de mercadorias e serviços – ICMS, não incide na operação de mero transporte de produtos entre estabelecimentos da mesma empresa, qual seja a DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S.A, conforme dispõe a Súmula nº 166 do STJ e amplamente reconhecido pelos tribunais pátrios, excluindo, consequentemente, a responsabilização solidária da empresa transportadora recorrente pela exação, ora inexistente, julgando assim improcedente o Auto de Infração recorrido;
2. Conforme o princípio da eventualidade, caso ainda se entenda pela manutenção da cobrança do ICMS, apesar da demonstração de sua não incidência no presente caso, que seja cancelada a multa de 100% pelo seu caráter essencialmente confiscatório.

VOTO

Ao analisar o Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente, os documentos constantes do processo, a decisão proferida pela 2ª JJF, assim como as argumentações e provas acostadas aos autos pelo preposto autuante, passamos a tecer as considerações que julgamos necessárias e atinentes ao julgamento do processo.

Não se sustenta a nulidade da infração pretendida pela recorrente em face do que dispõe a Lei nº 7.014/96, no seu artigo 40, §3º, que assim estabelece:

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.

Poderia ser aventado o que dispõe o RPAF em seu Artigo 157, como abaixo transcrito:

Art. 157. Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente.

Ademais, considerando que restando provado estar a mercadoria objeto da autuação acompanhada de documentação que comprova a sua regularidade, não há que se apreciar a nulidade pretendida por não haver infração aos dispositivos encimados.

Tratando-se de autuação sob o manto da “solidariedade tributária”, analisemos o que dispõe a Lei nº 7.014/96, base para a atuação:

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

A propriedade das mercadorias está devidamente identificada na documentação que a acompanhava, DCTES e Documentos de Transferência de Patrimônio, fls. 11 a 16 do processo,

inexistindo a emissão de Nota Fiscal para acompanhamento das mesmas em face de o estabelecimento remetente, assim como o destinatário, ambos da mesma empresa, não serem contribuintes do ICMS, como provado em documentos acostados ao processo, fls. 75 a 117, destacando-se que o remetente estaria desobrigado da emissão de Nota Fiscal, aliás, direito reconhecido, também no nosso ordenamento, RICMS BAHIA, conforme a seguir transcrito:

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.

§ 3º No caso de destinatário ou tomador de serviço não usuário do sistema de emissão de documento eletrônico, a sua escrituração poderá ser efetuada com base nas informações contidas no DACTE, observado o disposto no art. 235.

Art. 235. O emitente e o destinatário ou tomador do serviço deverão manter em arquivo digital o documento fiscal eletrônico pelo prazo estabelecido na legislação tributária para a guarda dos documentos fiscais, devendo ser apresentados ao fisco, quando solicitados.

§ 1º Caso o destinatário ou o tomador do serviço não seja usuário do sistema de emissão de documento fiscal eletrônico, alternativamente ao disposto no caput, deverá manter em arquivo o DANFE ou o DACTE para apresentação ao fisco quando solicitado.

Quanto à idoneidade do documento fiscal que acompanhou as mercadorias, depreende-se que os DACTES atendem ao que dispõe a legislação, inclusive ao nosso RICMS quando dispõe:

Art. 33. Os documentos fiscais terão seus modelos definidos em convênio ou ajuste SINIEF, aprovados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

§ 2º É vedada 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.

Quanto à documentação que deve acompanhar a mercadoria em seu trânsito, também, o RICMS BAHIA assim se expressa:

Art. 41. Os documentos fiscais deverão ser emitidos no estabelecimento que efetuar a operação ou prestação.

§ 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.

Assim, resta patente que os documentos fiscais foram devidamente emitidos pelo transportador das mercadorias, o que lhe assegura o trânsito normal das mesmas.

Diante do que analisei voto, na preliminar, por não reconhecer a nulidade do Auto de Infração, pelas razões já expostas, e, no mérito, dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, votando pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, desonerando o recorrente da imposição de recolhimento do ICMS no valor de R\$175.157,28 assim como das penalidades.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210765.1844/16-3**, lavrado contra **FOCUS LOGÍSTICA SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA. (FOCUSLOG LOGÍSTICA SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA.)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS