



DECISÃO Nº: 307/2011
PROTOCOLO Nº: 227516/2010-7
PAT N.º: 95/2010- 5ª URT
AUTUADA: CALÇADOS DELAI INDÚSTRIA COMÉRCIO LTDA
FIC/CPF/CNPJ: 90.325.952/0001-78
ENDEREÇO: Rua Galileu, 276, novo Hamburgo – RS.

EMENTA – ICMS – Obrigações Acessórias – Transporte de mercadorias acobertadas por Notas Fiscais inidôneas em decorrência de constarem com autorização cancelada, quando da apresentação pelo transportador no Posto Fiscal de Fronteira. Denúncia totalmente elidida pela defesa. Autuada comprova a substituição, motivada, dos documentos cancelados. Os documentos carreados aos autos pela defesa revelam, com segurança, que quando da lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias, peça propulsora do Auto de Infração de que cuida a inicial, os documentos substitutos dos cancelados já haviam sido motivadamente emitidos e as informações já estavam disponíveis ao fisco, já que se trata de documento eletrônico. Notas fiscais canceladas e devidamente substituídas. Processo que não atende aos princípios constitucionais regentes da espécie – Erro de pessoa configurado – Descrição da Ocorrência e penalidade proposta, sugerem como infrator o transportador e não emitente das notas fiscais. Análise de mérito conduz à insubsistência do feito – preliminar de nulidade prejudicada – princípio da economicidade processual. Conhecimento e acolhimento das razões impugnatórias. Improcedência da ação fiscal. Remessa Oficial que se interpõe.

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Conforme se depreende do Auto de Infração nº 1011/5ª URT, lavrado em 03/11/2010, a empresa acima identificada, já bem qualificada nos autos, infringiu o disposto no Art. 192, inciso VI ou VIII do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, em decorrência de transporte de mercadorias desacompanhadas pelos DANFES nº 493, 494, 495, 496 e 497 com autorização CANCELADA, consideradas, portanto, sem documentação fiscal.

Em consonância com a denúncia oferecida, foi sugerida a aplicação da penalidade prevista no Art. 340, Inciso III, “a”, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no Art. 133, ambos do mesmo diploma regulamentador, implicando em multa no valor de R\$ 29.494,08 (vinte e nove mil quatrocentos e noventa e quatro reais e oito



centavos), acrescida do ICMS devido no valor de R\$ 16.713,31 (dezesesseis mil setecentos e treze reais e trinta e um centavos), perfazendo o montante de R\$ 46.207,39 (quarenta e seis mil duzentos e sete reais e trinta e nove centavos).

Em turnê pelos autos em epígrafe, observa-se que a atuada foi devidamente intimada, apresentando tempestivamente a sua defesa administrativa, na tentativa de desconstituir o lançamento a que se refere a exordial, conforme preceitua o Art. 83 do RPAT, aprovado pelo Decreto 13.796/98.

Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à atuada, o Termo de Apreensão de Mercadorias nº 23345 (fl. 2) e a cópia dos DANFE's, representativos dos documentos tidos como inábeis pelo fisco Potiguar.

2. IMPUGNAÇÃO

Insurgindo-se contra a denúncia de que cuida a inicial, a atuada apresentou sua defesa de forma tempestiva, onde alegou às fls. 31 a 44:

- Ilegitimidade passiva da ora impugnante, pois no momento da autuação não era a atuada quem realizava o transporte nem detinha a posse das mercadorias;

- Nulidade do Auto de Infração, por inexistência de justa causa para a sua lavratura, não passando de um equívoco do atuante;

- Vendeu a mercadoria para as LOJAS RIACHUELO S/A, emitindo as devidas notas fiscais, e transportou a mercadoria até o centro de distribuição em São Paulo;

- Por exigência do cliente, foram canceladas as notas fiscais em questão, tendo sido emitidas em substituição as notas fiscais nº 519 a 523;

- Os impostos foram devidamente recolhidos pela impugnante;

- Confiscatoriedade da multa aplicada.

Diante do exposto, requer a nulidade do presente Auto de Infração.

3. CONTESTAÇÃO

Instado a contestar a impugnação da atuada, o ilustre autor, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 173 a 184 dos autos alegou que:

- A empresa atuada possuía responsabilidade solidária no momento na lavratura do Auto de Infração;



- Todos os atos foram praticados por pessoa competente, não houve preterição do direito de defesa, o lançamento proposto na inicial expressa suficientemente todos os elementos da matéria objeto da exigência tributária, além da intimação formalizada contêm todos os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades, motivo pelo qual não há o que se falar em nulidade do Auto de Infração;

- O argumento de vedação ao confisco não se aplica a penalidade de multa, mas sim apenas ao tributo.

Por fim, roga pela manutenção do feito.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 30) que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que se cumpre relatar.

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Em obediência ao artigo 110 do RPPAT, observo que a impugnação produzida pela autuada preenche aos requisitos de admissibilidade, especialmente, por ser tempestiva, dela conheço.

Conhecida a presente defesa, passa-se a discorrer sobre as razões de fato e de direito que contornam o auto de infração de que cuida a inicial, objetivando-se prolatar decisão meritória.

DO MÉRITO

Nos termos do relatório acima, verifica-se que cuidam os presentes autos da apuração de denúncia de transporte de mercadorias acobertadas por notas fiscais supostamente inidôneas, eis que, encontravam-se no status de cancelamento.

Preliminarmente, antes de adentrar no mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, entendo que razão assiste à ora impugnante quando sustenta que houve confusão por parte do agente do fisco, quando da denúncia de que cuida a inicial, especialmente, pelo fato de ter apontado como sujeito passivo a autuada.

De fato, a denúncia, da forma como posta, não resta dúvidas de que teria como alvo ao transportador, já que se refere a “transporte de mercadorias acompanhadas...”, e como revelam os autos, a autuada não transportava os produtos apreendidos; aliás, não figurava nem na condição de responsável pelo transporte, porquanto a clausula CIF somente produziu efeitos até o Centro de Distribuição da destinatária das mercadorias, sediado em São Paulo.



De mais a mais, mostrando que pretendia autuar o transportador, *que in casu*, não se confunde com o remetente das mercadorias, eis que quando transitou pela fronteira potiguar, o transporte não mais se regia sob a cláusula CIF, o ilustre autor do feito sugeriu a aplicação da penalidade constante da alínea “a” do inciso III do artigo 340 do RICMS (abaixo reproduzida), aprovado pelo decreto 13.640/1997, que regulamentou a Lei Estadual 6968/96, editada para recepcionar a Lei complementar 87/96.

III- relativamente à documentação fiscal e à escrituração:

a) entregar, remeter ou transportar mercadorias e prestação ou utilização de serviço sem documentação fiscal ou sem o selo ou guia de trânsito fiscal, nos termos do Regulamento: trinta por cento do valor comercial da mercadoria, considerando como infrator o transportador. (g.n)

Não obstante, o lançamento de que cuida a inicial, tem como sujeito passivo o emitente das notas fiscais e não o transportador. Nesse desiderato, não há dúvida de que o remetente das mercadorias poderia ser eleito para figurar no pólo passivo da presente contenda; como dúvida também não há de que a ocorrência seria outra, como outra seria a penalidade proposta.

De sorte que, numa análise mais acurada em sede de preliminar, certamente se chegaria à nulidade do feito, porquanto atentar contra o princípio da tipicidade fechada inerente às infrações tributárias.

Referido princípio, herdado, como muitos outros, do direito criminal, traz em seu bojo aquilo já ínsito nos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Entretanto, em homenagem ao princípio da economicidade processual, passo à análise de mérito, por entender que neste particular aspecto, o feito não se sustenta, especialmente, diante do conjunto probatório produzido em sede de impugnação.

Quanto à questão de fundo, observa-se, de pronto, que a resolução da presente contenda não demanda, embora pareça, maiores delongas, e a razão, neste caso, socorre a ora impugnante.

Com efeito, a denúncia é de que as notas fiscais apresentadas ao fisco, através de sua representação material, quando da passagem pelo posto fiscal de fronteira, não se mostravam hábeis para acobertar as mercadorias transportadas naquela ocasião, eis que se apresentavam como canceladas, de fato, procede.

Pois bem, realmente os documentos recepcionados pelo fisco potiguar, quando da passagem pelo posto fiscal de Serra negra do norte, encontravam-se cancelados, o que, por conseguinte, exclui qualquer censura ao trabalho dos ilustres autores do feito ao procederem à lavratura do TAM que impulsionou o Auto de infração, peça vestibular do caderno processual.



Ocorre, que com o advento da impugnação, foram carreados ao processo documentos, inclusive as representações de notas fiscais que substituíram os documentos cancelados, obviamente que os autuantes não dispunham dessas informações quando da lavratura do referido TAM, embora essas notas já constassem do banco de dados do fisco, tanto de origem, quanto de destino.

As notas fiscais canceladas foram emitidas em 16/09/2010, obtendo protocolo de autorização de uso na mesma data; já, as notas fiscais substitutas (fls. 91 e seguintes), tiveram seu uso autorizado em 17/09/2010, data em foram canceladas as notas substituídas.

Indiscutivelmente, diante dos fatos e circunstâncias apresentados nos autos, resta evidenciado que o ônus probante recai sobre o autuado, porquanto ter restado comprovado, inclusive confessado pela defesa, o cancelamento dos documentos outrora emitidos pela coletada, é a hipótese de que cuida o inciso II do artigo 333 do CPC, recepcionado pelo artigo 77 do RPAT, abaixo reproduzidos, na ordem referida.

CPC Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

RPAT Art. 77. São admitidos todos os meios legais de prova, ainda que não especificados neste Regulamento.

§ 1º. O ônus da prova compete a quem esta aproveita.(g.n)

Nesse sentido observo que o contribuinte se desincumbiu do ônus probatório de que realmente cancelou motivadamente os documentos e os substituiu, em tempo hábil, por documentos válidos.

De fato, às fls. 91 e seguintes, compondo o conjunto probatório, constam as notas fiscais emitidas em substituição às canceladas, tudo ocorrido bem antes de iniciada a ação do fisco, já que tiveram sua autorização de uso em 17/09/2010 e a ação do fisco iniciou-se com a lavratura do TAM, somente no dia 29 do mesmo mês e ano, configurando-se, assim, o instituto da denúncia espontânea.

Ainda, na tentativa de se desvencilhar do ônus probante invertido, carrega aos autos os comprovantes de entrega das mercadorias no Estado de São Paulo, trecho em que o transporte se processou sob a égide da cláusula CIF, conforme documentos de fls. 97 e seguintes.

Às fls. 100 e seguintes, foram acostados documentos dando conta da troca de correspondência eletrônica, reveladoras da solicitação de substituição dos



documentos fiscais emitidos, por entender a destinatária das mercadorias que a fórmula de cálculo dos descontos concedidos, continha impropriedade encejadora de uma diferença de 3 centavos em cada documento substituído.

Em seguida, fls. 110 e seguintes, a defesa colaciona documentos dando conta da quitação das notas fiscais substitutas, bem como todos os assentamentos a elas inerentes, por força da legislação de regência.

Noutro pórtico, a impugnante carrega ao autos do processo cópia da correspondência enviada ao responsável pelo seu sistema de emissão de notas fiscais eletrônicas, visando solucionar o problema levantado sobre a fórmula de calcular os descontos concedidos, outrora aduzido pelo contribuinte Potiguar.

Destarte, pelos fundamentos acima postos, inclusive, em decorrência do robusto conjunto probatório carreado aos autos pela defesa, revelador das providências imediatas tomadas pelo autuado no sentido de substituir as notas justificadamente canceladas, aliado ao fato de que não houve qualquer prejuízo ao erário Estadual e que todas as providências transcorreram antes da lavratura do TAM que impulsionou o Auto de Infração de folha 1 (um), reputo como afastada a denúncia que ora se analisa, deixando de enfrentar a questão da penalidade, ser ou não confiscatória, por absoluta perda de objeto.

DA DECISÃO

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e da contestação, **JULGO IMPROCEDENTE** o Auto de Infração de que cuida a inicial, lavrado contra a empresa CALÇADOS DELAI INDÚSTRIA COMÉRCIO LTDA, para **afastar** a aplicação da penalidade proposta, bem como a cobrança do imposto, constantes da exordial.

Por dever de ofício **recurso da presente decisão ao egrégio CRF**, ao tempo em que remeto os autos à 5ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal, 14 de Novembro de 2011.

Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal