



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo nº 001.247.2014-5

Recurso VOL/CRF Nº 122/2016

Recorrente: JOSÉ DE ARIMATÉIA F. PEREIRA

Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE ALHANDRA

Autuantes: EDSON BARBOSA CORDEIRO/JURACY FERREIRA DINIZ

Relatora: CONS.^a NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

PRELIMINAR. NÃO ACOLHIDA. FISCALIZAÇÃO DE MERCADORIAS EM TRÂNSITO. DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS. NATUREZA DA OPERAÇÃO DIVERGENTE E IDENTIDADES DAS MERCADORIAS EM DESACORDO COM AS TRANSPORTADAS. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Considera-se inidôneo o documento fiscal em que as mercadorias por ele acobertadas não correspondam às efetivamente transportadas, e a natureza da operação nele consignada se encontra imprecisa.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros da 1^a **Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou procedente o Auto de Infração, Apreensão e Termo de Depósito nº 1560, lavrado em 3 de janeiro de 2014, contra o Sr. JOSÉ ARIMATEIA F. PEREIRA, CPF nº 063.917.494-93, e a empresa Magazine Luíza S. A. (Responsável Solidário), CCICMS nº 16.203.875-5, de fl. 3, devidamente qualificado nos autos, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 313.098,60 (trezentos e treze mil, noventa e oito reais e sessenta centavos), sendo R\$ 156.549,30 (cento e cinquenta e seis mil, quinhentos e quarenta e nove reais e trinta centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 143, §1º, III e IV, 145, 150, 151, 159, IV e V, 659, III e V, com fulcro no art. 38 III e II, "c", todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 156.549,30 (cento e cinquenta e seis mil, quinhentos e quarenta e nove reais e trinta centavos) de multa por infração nos termos do art. 82, V, "b", da Lei nº 6.379/96.

P.R.I

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de setembro de 2017.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 1^a Câmara, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA e GÍLVIA DANTAS MACEDO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, recurso voluntário interposto contra a decisão monocrática, que julgou procedente, o Auto de Infração, Apreensão e Termo de Depósito nº 1560, lavrado em 03 de janeiro de 2014, contra o Sr. JOSÉ ARIMATEIA F. PEREIRA, CPF nº 063.917.494-93, é acusado da irregularidade assim descrita no libelo basilar:

“O CONDUTOR ACIMA QUALIFICADO ESTÁ SENDO AUTUADO POR TRANSPORTAR MERCADORIA COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA, VISTO QUE A QUANTIDADE, TIPOS DE PRODUTOS E QUALIDADE NÃO CORRESPONDEM COM CONTAGEM E OBSERVAÇÃO FÍSICA FEITA PELA FISCALIZAÇÃO. NENHUM ITEM VERIFICADO CORRESPONDEU À QUANTIDADE DECLARADA EM NOTA FISCAL. FORAM OSERVADOS ITENS QUE NÃO CONSTAM NAS NOTAS FISCAIS EM QUANTIDADES BASTANTE RELEVANTE. OUTRO AGRAVANTE É QUE A NATUREZA DA OPERAÇÃO DECLARA QUE SÃO ITENS QUE RETORNARAM DE CONCERTO, TODAVIA A VERIFICAÇÃO FÍSICA NÃO DEIXOU DÚVIDAS DE QUE SE TRATA DE PRODUTOS VIRGENS, OU SEJA, NUNCA ANTES USADOS, RESULTANDO NA OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS DEVIDO.

A OCORRÊNCIA FOI VERIFICADA EM ABORDAGEM DE ROTINA NO POSTO FISCAL DE CRUZ DE ALMAS.

VEÍCULO DE TRANSPORTE PLACA: ALE4292 SP”.

Segundo o entendimento acima, os autuantes constituíram o crédito tributário na quantia de R\$ 313.098,60, sendo R\$ 156.549,30 de ICMS, por infringência aos arts. 143, §1º, III e IV, 145, 150, 151, 159, IV e V, 659, III e V, com fulcro no art. 38 III e II, “c”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 156.549,30, de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “b”, da Lei n.º 6.379/96.

Documentos instrutórios constam às fls. 4-137, do libelo.

Consta à fl. 117, Termo de Depósito, emitido em 6/1/2014, em que a empresa, Magazine Luiza S.A., CCICMS nº 16.203.875-5, foi nomeada responsável solidária na inicial, ficando com a guarda das mercadorias apreendidas, as quais foram depositadas no endereço da requerente.

Cientificada da acusação de forma pessoal, com ciência em 3/1/2014, fl. 3 - verso, nos termos do art. 46, I, da Lei nº 10.094/13, a empresa Responsável Solidária ingressou com peça reclamatória, tempestivamente, em 3/2/2014, fls. 138 - 161, por meio de seu procurador devidamente constituído, Instrumento Procuratório, fl. 163, trazendo em suma, os seguintes argumentos em sua defesa:

Inicialmente solicita a exclusão do transportador das mercadorias do pólo passivo, assumindo a responsabilidade integral pela operação realizada.

Requer a nulidade da autuação por prejudicialidade do trabalho fiscal, idoneidade da documentação fiscal, incorreta contagem das mercadorias, desconsideração das caixas rejeitadas para acondicionamento e celulares em estado de sucata.

A assinatura do termo de Apreensão não constitui anuência com a contagem realizada ou confissão de dívida.

Advoga suspensão da incidência do imposto, nos casos de remessa para conserto, que seria o caso da operação praticada no momento da autuação, e que nos campos de observação nas notas fiscais de retorno constam os números dos correspondentes documentos de remessa, que comprovaria a lisura das operações.

Aplicação incorreta da alíquota interna de 17%, suposta operação interestadual, pois sendo operação originada do Estado da Bahia, deveria ter sido exigido apenas o diferencial de alíquota, e não a aplicação da alíquota interna, e que em caso de superação das alegações anteriores, requer a nulidade do Auto de Infração para retificação, com renovação do prazo de defesa.

Argui que a multa aplicada seria ilegal e confiscatória, destacando jurisprudências dos tribunais superiores no âmbito do poder judiciário.

Por fim, requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, acolhendo os elementos trazidos em sua defesa, e, subsidiariamente, a devolução dos autos ao Fiscal responsável para o novo cálculo do imposto, considerando a aplicação do diferencial de alíquota, previsto na Constituição Federal.

Requer que seus procuradores e representantes legais sejam devidamente intimados.

Em Contestação, os fiscais autuantes rebatem as alegações de defesa, aduzindo, em síntese, que:

Durante a fiscalização no veículo, iniciada em 29/12/2013, cujas notas fiscais tinham como natureza da operação “retorno de mercadoria ou bem recebido para conserto”, teria sido constatado que se tratava de celulares novos, sendo iniciado o trabalho de contagem das mercadorias no dia seguinte, em razão do horário avançado para o procedimento fiscal.

Um Representante da empresa Magazine Luíza teria trazido os DANFE's referentes às remessas para conserto, tendo sido solicitada a apresentação dos DANFE's da primeira entrada das mercadorias no Estado com a listagem do IMEI (número de série de celulares) e as notas fiscais de serviço, não sendo cumprido.

Toda contagem teria sido realizada na presença do motorista responsável pela carga, e o funcionário da empresa teria comparecido e retornado rapidamente sem acompanhar os trabalhos de conferência, tendo, inclusive, comparecido ao local da conferência dois gerentes da empresa Magazine Luiza, mas não teriam ficado.

Informa que foram abertas algumas caixas de sucata e verificado que os celulares sucateados eram imprestáveis para qualquer fim.

Relata que o tempo despendido com a contagem não teria sido de doze horas, como alega a autuada, e que em nenhum momento a empresa manifestou interesse em que o material contido nas caixas de sucatas fosse contabilizado.

Não considerou a sucata relevante, pois não mudaria o fato de os celulares, objeto do Auto de Infração, serem novos, não alterando o fato infringente, e que se tratava realmente de sucatas e não de mercadorias enviadas para conserto, e em nenhum momento a empresa ou o transportador expressaram que seria relevante para eles a contagem das sucatas.

Quanto à alegação da empresa responsável solidária de que as caixas de sucatas não foram tocadas, não prospera, pois como se observa na própria foto apresentada pelo contribuinte em sua defesa, a apresentação da caixa com o lacre da fiscalização, fl. 143, utilizados quando da conferência da mercadoria.

Ressalva, que o contribuinte não teria questionado a contagem dos 3.800 aparelhos celulares, que em alguns modelos foram encontrados mais mercadorias do que estava descrito nas notas fiscais, e menos em outros modelos, bem como um total de 513 aparelhos que não estavam nas notas fiscais.

Considerando, se os 3800 aparelhos são novos, e se somados com as sucatas corresponderiam aos descritos nas notas fiscais, seriam 4.677 celulares, o que difere da contagem realizada pela autuada, conforme alega à fl. 142, que teria contabilizado 4.814 aparelhos.

Diante da celeridade na contagem realizada pela fiscalização, o contribuinte lista 247 aparelhos celulares que não constam nas notas fiscais, e conforme já relatado, a conferência teria sido realizada de forma correta.

No que diz respeito a não incidência do ICMS, a suspensão teria ocorrido se as mercadorias fossem realmente retorno de conserto, mas eram novos e nem ao menos a empresa apresentou as notas fiscais de serviço de conserto.

Quanto à alegação de que grandes fabricantes de celulares não venderiam seus produtos em caixas despadronizadas, indaga se estes têm conhecimento que um de seus revendedores está recondicionando aparelhos e revendendo-os fora das embalagens padrão, e que tal questionamento fora levantado ao gerente da empresa Magazine Luiza, que afirmou que os consumidores eram avisados do fato na hora da compra.

Realça, a empresa emitente das notas fiscais, objeto da autuação, tem como sua atividade principal a revenda de celulares, e a autuada solidária não têm como atividade de revenda, celulares usados.

Neste contexto, por se tratar de notas fiscais inidôneas, cai por terra a alegação de que deveria ser aplicado o diferencial de alíquota, e da mesma forma, quanto ao argumento das multas serem confiscatórias, não se discute a inconstitucionalidade no âmbito administrativo.

Ao final, solicita a procedência do feito fiscal.

Consta às fls. 203-206, documento protocolado sob o nº 0049012014-8, retificando a identificação da peça reclamatória do Auto de Infração para o nº 1560/14, que por equívoco fazia referência ao de nº 1560/2013.

Com conclusão à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, fl. 199, sem informação de antecedentes fiscais, fl. 198, os autos foram distribuídos ao julgador singular, Petrônio Rodrigues Lima, conforme sentença, declinou seu entendimento pela *procedência* do auto de infração, fls. 207-217, assim ementada:

PRELIMINAR. NULIDADE. NÃO ACATAMENTO. DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS. NATUREZA DA OPERAÇÃO DIVERGENTE E IDENTIDADES DAS MERCADORIAS EM DESACORDO COM AS TRANSPORTADAS.

- Auto de Infração lavrado de acordo com os ditames legais, com a contagem das mercadorias realizada na presença do transportador autuado, não havendo caso de nulidade pretendido pela Reclamante.

- Considera-se inidôneo o documento fiscal em que as mercadorias por ele acobertadas não correspondam às efetivamente transportadas, e a natureza da operação nele consignada se encontra imprecisa.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

A referida decisão fixou o crédito tributário em R\$ 313.098,60 (trezentos e treze mil, noventa e oito reais e sessenta centavos), sendo R\$ 156.549,30 (cento e cinquenta e seis mil, quinhentos e quarenta e nove reais e trinta centavos) de ICMS, por infringência aos art.s 160, I, c/c art. 159, IV e 166-T; com fulcro no art. 143, §1º, I, “c”, “d”, II e IV e art. 151, c/c o art. 659, I e V e art. 38, II, todos do RICMS/PB, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 156.549,30 (cento e

cinquenta e seis mil, quinhentos e quarenta e nove reais e trinta centavos) de multa por infração nos termos do art. 82, V, “b”, da Lei nº 6.379/96.

Notificação acostada à fl. 219, dos autos.

Regularmente cientificada da decisão singular, via Aviso de Recebimento, em 12 de fevereiro de 2016, documentos de fls. 220-222, seguiu-se a interposição de *recurso voluntário*, fls. 223-249, ocasião em que a autuada apresentou os seguintes argumentos, relatados em síntese:

Em preliminar pugna pela exclusão do transportador do polo passivo da contenda, vez ser a única responsável pelo débito debatido.

No mérito, suscita a idoneidade da documentação fiscal, diante da prejudicabilidade do trabalho fiscal, pela contagem incorreta de mercadoria, inclusive o fiscal não levou em consideração os aparelhos destacados como sucata.

Afirma que da assinatura do Termo de Apreensão não configura confissão de dívida.

Reitera a afirmação de que as notas fiscais envolvem operações de remessa e retorno para acondicionamento, sujeitas à suspensão do imposto juntando aos autos cópias das notas fiscais, fls. 237 e 238, dos autos.

Aplicação incorreta da alíquota interna de 17%, considerando uma operação de compra e venda, tratando-se de uma operação interestadual.

Caráter confiscatório da multa.

Por fim, solicita a reforma de decisão singular, julgando improcedente a ação fiscal.

Ato contínuo, os autos foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

A presente demanda decorre da lavratura do Auto de Infração, Apreensão e Termo de Depósito nº 1560, lavrado em 3 de janeiro de 2014, contra o Sr. JOSÉ ARIMATEIA F. PEREIRA, CPF nº 063.917.494-93, de fl. 3, que contém a acusação de transporte de mercadorias acompanhadas de documento fiscal inidôneo, visto que a quantidade, tipos de produtos e qualidade não correspondem com a contagem e observação física feita pela fiscalização, resultando na obrigação de recolhimento do ICMS.

O objeto do *recurso voluntário* a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora em proceder ao lançamento lavrado de acordo com os ditames legais, com a contagem das mercadorias realizada na presença do transportador autuado, não havendo caso de nulidade pretendido pela recorrente, considerando inidôneo o documento fiscal em que as mercadorias por ele acobertadas não correspondam às efetivamente transportadas, e a natureza da operação nele consignada se encontra imprecisa, conforme fragmento do decisório.

Em PRELIMINAR, mister se faz analisar o pedido do *Responsável Solidário, em recurso voluntário*, para que se exclua o transportador do polo passivo, já que assume a responsabilidade pela operação realizada.

Inicialmente, comungo com o entendimento da *instância monocrática*. Os auditores fiscais e os Órgãos Julgadores Administrativos estão adstrito ao que dispõe a lei, em obediência aos Princípios Constitucionais Tributários da Vinculabilidade e da Legalidade, não podendo ir de encontro às normas estabelecidas pela legislação tributária.

Em assim sendo, em face da constatação de infração, como descrito no auto de infração, recai a responsabilidade objetiva sobre a empresa transportadora, como indicado na legislação do ICMS/PB, art. 38, II, do RICMS/PB, que diz:

“Art. 38. São responsáveis pelo pagamento do imposto e respectivos acréscimos legais:

(...)

II - o transportador, inclusive o autônomo, em relação à mercadoria:

(...)

c) que aceitar para despacho ou transportar sem documento fiscal, ou acompanhada de documento fiscal inidôneo; (g.n.)

d) que entregar a destinatário ou em local diverso do indicado no documento fiscal;

(..)”

No caso em apreço, tal exigibilidade encontra-se prevista no art. 41, III, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, abaixo:

“Art. 41 – São requisitos do auto de infração e da representação:

(...)

III – a qualificação do autuado, o endereço, e dependendo do tributo, o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF/MF), sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCICMS/PB) e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF);”

Isto considerando, constatada a infração no transporte das mercadorias, a sujeição passiva deve ser atribuída ao transportador, o qual pode ser considerado como sendo a empresa transportadora (pessoa jurídica) ou transportador autônomo (pessoa física).

Ao adentrar na questão, vejo acerto quanto a sua fundamentação, sendo eleito o transportador, Sr. JOSÉ ARIMATEIA F. PEREIRA, CPF nº 063.917.494-93, o real transportador, conforme consta da CNH - Carteira Nacional de Habilitação nº 03558670108, emitido em 13/4/2012, fls. 4 e 5, dos autos.

Em assim sendo, agiu correto os autores da inicial, quanto à eleição da *sujeição passiva* como sendo o *responsável do transportador*, indicando a empresa Magazine Luíza S/A (recorrente) como *responsável solidária*, conforme determina o art. 39, IX e XI do RICMS/PB.

Art. 39. Respondem solidariamente pelo pagamento do imposto e respectivos acréscimos legais:

(...)

IX - as pessoas que tenham interesse comum na situação que dê origem à obrigação principal, observado o disposto no § 2º ;

XI - o remetente ou destinatário indicado pelo transportador como responsável pela remessa ou recebimento de mercadoria transportada sem documento fiscal ou acompanhada de documentação fiscal inidônea;

(...)

§ 2º Presume-se ter interesse comum, para os efeitos do disposto no inciso IX, o adquirente da mercadoria ou o tomador do serviço em operação ou prestação realizada sem documentação fiscal ou acompanhadas de documentos fiscais inidôneos.

O fundamento normativo da responsabilidade tributária de terceiros, consiste na dicção do art. 128 do CTN, *in verbis*:

“Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

Assim, conforme expresso no art. 154, do RICMS/PB, além das responsabilidades contempladas, outras espécies de responsabilidades podem ser estabelecidas pela legislação ordinária do ente federativo competente para instituir o tributo.

“Art. 154. Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte de pessoa natural ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento específico dos tributos de competência do Estado ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

§ 1º Respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para sua prática, ou dela se beneficiarem, e em especial o proprietário de veículo ou seu responsável, quando esta decorrer do exercício de atividade própria do mesmo.” (g.n.)

Com base no exposto, não se pode eleger o sujeito passivo contrariando a determinação legal.

Portanto, indefiro a PRELIMINAR da recorrente para afastar o autuado do polo passivo da relação jurídica instalada.

Quanto ao MÉRITO, adentrando nos proclames da recorrente, (responsável solidária - a empresa Magazine Luíza S/A), esta suscita a idoneidade da documentação fiscal, diante da prejudicabilidade do trabalho fiscal, pela contagem incorreta de mercadoria, inclusive o fiscal não levou em consideração os aparelhos destacados como sucata.

Neste tópico, relata: *“a autuada discordou do apontado, informando que a contagem foi realizada de forma incorreta pela fiscalização, bem como não foram levados em consideração, que os aparelhos retornavam de conserto, sendo certo que a documentação fiscal que acompanhava as referidas mercadorias atendia ao quanto previsto na legislação no que pertine à operações dessa natureza”*.

“Para que o fiscal pudesse lavrar Auto contra a Autuada pela idoneidade de documentos, baseado na divergência de qualidade e quantidade de mercadorias transportadas, deveria realizar uma análise minuciosa, produto a produto, bem como comprová-la. Não foi o que ocorreu”.

“Prosseguindo relata: “(...) determinou dois de seus funcionários para que realizassem a contagem, afim de descobrir a verdade real dos fatos.(...) haviam 4.814 aparelhos celulares, conforme indicado nos documentos que acompanhavam a mercadoria e não 3.800, como quis fazer crer fiscal”.

“A empresa destacou diversas mercadorias como sucata,(...) tamanha foi a surpresa quando apurou que essas caixas estavam lacradas com o lacre do Magazine Luiza, ou seja, não foram verificadas pelo fiscal...”

Examinando a remessa oficial, observa-se quanto à identificação das mercadorias, a fiscalização tratou os aparelhos celulares apreendidos como sendo novos e sem uso, o que elidiria a natureza da operação consignada nos documentos fiscais denunciados. Fato contestado pela recorrente, que apresentou as notas fiscais das respectivas remessas (mídia CD-R às fls. 170-B).

Observo, ainda, que à recorrente foram oportunizados diversos momentos para participar da contagem física da carga transportada, tendo sido realizada em dois momentos, o primeiro com início nos dias 29/12/13 e 2/1/14, no Posto Fiscal de Cruz de Almas, com os fiscais autuantes e dois auxiliares da repartição, e concluído em 3/1/14, por dois fiscais e quatro auxiliares no COP de João Pessoa, sempre acompanhados pelo transportador, já que a empresa, apesar de comparecer, nestes momentos, não disponibilizou um funcionário para verificação dos trabalhos, ficando a cargo do autuado, nem tão pouco questionou nada a respeito do processo de conferência.

Tendo sim, quando já de posse da guarda e responsabilidade das mercadorias, após a liberação da fiscalização, através de dois funcionários determinou que fosse realizada nova contagem, em seu estabelecimento.

Ressalvo, aparelhos celulares são equipamentos perfeitamente identificáveis, pois cada um existe um número único que o identifica, chamado IMEI (International Mobile Equipment Identify), tendo sido solicitado aos responsáveis que apresentassem os DANFE's da primeira entrada das mercadorias no Estado da Paraíba, juntamente com a listagem do IMEI, assim como as notas fiscais de serviço de conserto realizado, o que não veio a ocorrer.

Logo, corroboro com os argumentos da fiscalização de que se tratando de mercadorias perfeitamente identificáveis, a apresentação das notas fiscais de aquisição dos aparelhos denunciados com a numeração do IMEI e dos respectivos serviços realizados seriam provas incontestes da regularidade das operações, o que teria elidido parte da acusação, diante das discrepâncias das quantidades de aparelhos transportados com as constantes nas notas fiscais denunciadas, em conformidade com a planilha auxiliar juntada às fls. 191 a 197, o que ainda não impede a sua apresentação em outro momento processual, nos termos do art. 58 da Lei nº 10.094/13 (PAT).

Diante do contexto dos fatos acima relatados, caberia ao contribuinte o ônus de ter provado materialmente as suas alegações de que os aparelhos não eram novos e sim retornados de consertos.

Quanto às sucatas em contestação os autores do feito assim se pronunciaram: *Repito que não contabilizei a sucata porque nem de longe se trata de celulares hábeis ao conserto, trata-se realmente de sucata de celulares imprestáveis para qualquer fim, e a empresa destinatária não tem como objeto de sua atividade a venda ou reutilização de sucata. Portanto, no que diz respeito à legislação do ICMS, a sucata não estaria dentro do conceito de mercadoria, levando-se em conta a atividade do destinatário, não tendo nenhum tipo de repercussão fiscal.*

Quanto à vistoria da sucata, é nítida nas fotos acostada a presença da fita adesiva usada pela fiscalização estadual, quando se confere alguma mercadoria, fl. 143, dos autos, mesmo que tenha ocorrido por amostragem.

Por fim, corroboro com o feito fiscal, diante das evidências da irregularidade da operação mercantil, com as discrepâncias apuradas entre as quantidades das mercadorias transportadas com as constantes nos documentos fiscais, aliado ao fato da não comprovação pela autuada da regularidade da natureza da operação, conforme análise acima, o que caracteriza a inidoneidade dos documentos fiscais que acobertavam as mercadorias em trânsito, anexadas às fls. 16 a 115, sob o prisma do art. 143, §1º, c/c art. 659, I, V, do RICMS/PB.

“Art. 143. Os documentos fiscais referidos no art. 142 deverão ser emitidos de acordo com as exigências previstas na legislação vigente, sob pena de serem desconsiderados pelo fisco estadual, em decorrência de sua inidoneidade.

§ 1º É considerado inidôneo, para todos os efeitos fiscais, fazendo prova apenas em favor do Fisco, os documentos previstos no art. 142 que:

I - omitam informações, no seu preenchimento, essenciais ao controle do fisco, ou as prestem com imprecisão, entre as quais as referentes:

a) ao emitente;

b) ao destinatário;

c) à discriminação das mercadorias, à quantidade, à unidade de medida, ao valor e à alíquota;

d) à natureza da operação ou CFOP;

e) aos dados do transportador;

f) à data de emissão e saída das mercadorias;

II - não sejam os legalmente exigidos para a respectiva operação, quando esta circunstância for detectada pela fiscalização de trânsito de mercadorias;

III - não guardem as exigências ou requisitos previstos na legislação vigente, quanto ao seu “layout”;

IV – em se tratando dos documentos previstos nos incisos I a XXIII, os que contenham declarações inexatas, estejam preenchidos de forma ilegível ou apresentem emendas ou rasuras que lhes prejudique a clareza;

V – em se tratando dos documentos previstos nos incisos I a XXIII, os que apresentem divergências entre os dados constantes de suas diversas vias, entre as quantidades consignadas no documento fiscal e as transportadas e as divergências relativas à quantidade ou discriminação das mercadorias;

VI – acobertem operação com combustível derivado ou não do petróleo, em desacordo com a legislação federal competente, inclusive as normas emanadas da Agência Nacional do Petróleo - ANP e do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO.

Art. 659. Considera-se em situação irregular, estando sujeita a apreensão, a mercadoria que:

I - não esteja acompanhada de documento fiscal regular, nos termos da legislação vigente;

(...)

V - não guarde relação com as especificações constantes do documento fiscal, em especial a numeração de fábrica, espécie e quantidade;” (grifo nosso)

Em se tratando do tópico que se refere à assinatura do Termo de Apreensão – não configuração de confissão de dívida, advoga que: *“afirmar que a assinatura do termo de apreensão acarretaria em concordância com a contagem seria ampliar de forma ilegal a interpretação da lei tributária”*.

“Ademais, é cediço que a única maneira para que a Autuada pudesse ter acesso a mercadoria seria por meio da assinatura do termo em questão - caso contrário, a mercadoria permaneceria sob o poder da fazenda.”

Consta nos autos que a empresa Magazine Luiza S.A., CCICMS nº 16.203.875-5, nomeada responsável solidária na inicial, ficou com a guarda das mercadorias apreendidas, conforme Termo de Depósito, juntado às fls. 117, do libelo.

Neste caso específico, vislumbro nos autos que à recorrente foram oportunizados diversos momentos para participar da contagem física da carga transportada, não tendo ocorrido em apenas 12 horas de trabalho, todavia foi realizada em dois momentos, o primeiro com início nos dias 29/12/13 e 2/1/14, no Posto Fiscal de Cruz de Almas, com os fiscais autuantes e dois auxiliares da repartição, e concluído em 3/1/14, por dois fiscais e quatro auxiliares no COP de João Pessoa, sempre acompanhado pelo transportador, já que a empresa, apesar de comparecer, nestes momentos, não disponibilizou um funcionário para verificação dos trabalhos, ficando a cargo do autuado.

Observa-se também, que durante o período da contagem física da carga transportada, *não houve questionamento por parte da autuada quanto ao resultado após a conclusão dos trabalhos*, nem tampouco quanto às caixas de sucatas. Além do que, a empresa, espontaneamente, em 6/1/14 requereu, e foi concedida, a responsabilidade pela guarda das mercadorias objetos da autuação, em conformidade com o Termo de Depósito acostado.

Conforme trecho da decisão monocrática: *“É de bom alvitre salientar que o Termo de Depositário Fiel não se trata de um mero documento para liberação das mercadorias, conforme pretensão da Reclamante em sua defesa. A nossa legislação tributária, por meio do art. 75 da Lei nº 6.379/96, permite que a guarda ou depósito das mercadorias apreendidas pela fiscalização sejam transferidas para outrem, mediante Termo de Depósito, que, no caso em tela, trata-se do Responsável Solidário eleito na peça acusatória.”*

Assim, corroboro com o entendimento expresso pela instância *“a quo”*, pois a empresa Magazine Luíza S/A assumiu, espontaneamente, a responsabilidade pelas mercadorias objetos do Auto de Infração, Apreensão e Termo de Depósito nº 1560, lavrado em 3 de janeiro de 2014, o que evidentemente concordou com a contagem realizada, já que recepcionaram as mesmas mediante um Termo de Depósito. Assim, não há o que contestar sobre o procedimento de contagem.

Destarte, sendo afastada a regularidade da operação de retorno de mercadorias para conserto, não há o que se falar em suspensão da incidência do imposto, conforme pretensão da recorrente, já que se trata de documentação fiscal inidônea para todos os efeitos fiscais.

No que diz respeito à aplicação incorreta da alíquota interna de 17%, ressalvo que, sendo afastada a regularidade da operação, não há o que se falar em suspensão da incidência do imposto, tampouco em aplicação de alíquota interestadual, conforme pretensão da recorrente, ao advogar aplicação incorreta da alíquota interna de 17%, por se tratar de realização de operação de compra e venda interestadual.

Assim, já que se trata de documentação fiscal inidônea para todos os efeitos fiscais. Situação irregular, em que se atribui os mesmos efeitos que o transporte de mercadorias sem nota fiscal. Portanto, *correta a aplicação da alíquota interna* para caso ora em questão, conforme consta na exordial.

No tocante à alegação do sujeito passivo de que a multa proposta pela autuante se apresenta *confiscatória*, a autuada repisa o argumento da inconstitucionalidade da multa aplicada, posto caracteriza, na sua ótica, verdadeiro confisco, devendo, por esse fato, ser reduzida a patamar condigno, sendo confiscatória e inconstitucional.

Deve-se observar que a fiscalização autuou nos limites da Lei nº 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) e do RICMS/PB (aprovado pelo Decreto nº 18.930/97), que são instrumentos normativos que devem ser observados. Ao propor uma multa, o fazendário toma por base as determinações desses dispositivos legais. Desrespeitá-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano.

Para se desconsiderar uma determinação legal, far-se-ia necessário analisar a sua inconstitucionalidade, e, não cabe aos Tribunais Administrativos, adentrar nessa seara pretendida. Observe-se o que diz o art. 55 da Lei nº 10.094/2013, assim como o art. 99 da Lei do ICMS da Paraíba (cujo texto é repetido no art. 687 do RICMS/PB), que assim prevê:

“Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.”

Há de se destacar que tanto os Fazendários como os Órgãos Julgadores Administrativos estão adstrito ao que dispõe a lei que trata da matéria, em obediência aos Princípios Constitucionais Tributários da Vinculabilidade e da Legalidade, em conformidade com o dispositivo legal indicado na exordial.

Portanto, em face desses fundamentos, corroboro com a decisão de procedência do feito fiscal proferida pela instância singular, com citação devida na forma prevista pela legislação de regência do ICMS.

Assim exposto,

VOTO pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou procedente o Auto de Infração, Apreensão e Termo de Depósito nº 1560, lavrado em 3 de janeiro de 2014, contra o Sr. JOSÉ ARIMATEIA F. PEREIRA, CPF nº 063.917.494-93, e a empresa Magazine Luíza S. A. (Responsável Solidário), CCICMS nº 16.203.875-5, de fl. 3, devidamente qualificado nos autos, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 313.098,60 (trezentos e treze mil, noventa e oito reais e sessenta centavos), sendo R\$ 156.549,30 (cento e cinquenta e seis mil, quinhentos e quarenta e nove reais e trinta centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 143, §1º, III e IV, 145, 150, 151, 159, IV e V, 659, III e V, com fulcro no art. 38 III e II, “c”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 156.549,30 (cento e cinquenta e seis mil, quinhentos e quarenta e nove reais e trinta centavos) de multa por infração nos termos do art. 82, V, “b”, da Lei nº 6.379/96.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de setembro de 2017.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Conselheira Relatora