

A I N.^º - 110526.0109/01-3
AUTUADO - JOÃO DO ROSÁRIO SOUZA FILHO
AUTUANTE - ANTONIO ARAÚJO AGUIAR
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNETE- 26/04/02

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº0139-01/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. O autuado é um mero funcionário da empresa transportadora, não podendo ser responsabilizado pelos seus atos. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 18/12/01 e cobra ICMS no valor de R\$1.494,30, acrescido da multa de 100%, em decorrência de venda com reutilização dos documentos fiscais nº 7535 e 7536 que se encontravam com a data de saída das mercadorias adulteradas, lacre do tanque violado nº 009636, lacres dos tanques divergentes do informado nas notas fiscais (lacre no documento fiscal nº 009634/00936334 e lacre do tanque 009081/009622), placa do veículo transportador nº HZZ01 e na Nota Fiscal nº JLY7602.

Identificando-se como litisconcorrente, a empresa CAVALO MARINHO COMBUSTÍVEIS LTDA (fls. 20 a 46), impugnou a ação fiscal realizada contra o autuado, JOÃO DO ROSÁRIO SOUZA FILHO, aduzindo que este é seu motorista de caminhão tanque, com grande experiência e conhecimento profundo das rotinas de segurança e transporte de produtos inflamáveis e voláteis e que as mercadorias a si pertenciam, ou seja, de fato e direito é o responsável pelo transporte da carga e não o autuado. Entendeu inusitada a situação, vez que o seu motorista não transportou mercadoria alguma, como pode ser observado através dos documentos fiscais que acompanhavam a mercadoria, onde constava, no campo específico dos dados do transportador, o nome da empresa Cavalho Marinho Combustíveis Ltda.

Nesta circunstância, afirmou ser nulo, de pleno direito, o Auto de Infração, pois foi incorretamente identificado o sujeito passivo da relação tributária. Neste sentido, transcreveu decisões de Conselhos de Contribuintes para demonstrar ser imperiosa a desconstituição do presente Auto de Infração, em face da nulidade que fulminava com a sua validade.

Não fosse o fato bastante, a descrição da infração não ficou clara e não foram descritos, com precisão, os dispositivos legais violados, conforme determina a norma regulamentar. Neste sentido, transcreveu ensinamentos do Prof. Ruy Barbosa Nogueira, Mizabel Abreu Machado Derzi e Prof. Hely Lopes Meirelles e decisões do extinto Tribunal Federal de Recursos, para afirmar que foi inviabilizada sua manifestação, configurando-se efetiva violação ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório e art. 142 do CTN, pois desconhecedor das bases jurídicas e legais à sustentar a exigência fiscal.

No mérito, afirmando que tem como objeto social a venda, transportes e revenda de combustíveis e lubrificantes em geral, materiais para manutenção automotivo e industrial, informou que vendeu para as empresas DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS DUVALLE LTDA. e CONSÓRCIO MPE GLOBAL a quantia de 5.000 litros de óleo diesel, para cada uma. Este óleo diesel seria entregue no dia 17/12/2001, através do caminhão tanque de placa policial JLY 7692, o qual já estava devidamente lacrado com os lacres nº 009643-00934 (Nota Fiscal nº 7535) e lacres nº 0009647-009636 (Nota Fiscal nº 7536). No entanto, o caminhão tanque apresentou problemas mecânicos, o que o impediu de se deslocar para a realização das entregas programadas. Em decorrência desta situação, foi utilizado o caminhão tanque de placa policial HZZ 9110, que somente saiu no dia 18/12/2001.

No intuito de agilizar a entrega, seu funcionário, com mais de 15 anos de experiência e responsável pelo Setor Emissão das Notas Fiscais e liberação dos veículos para entrega, ao invés de cancelar as notas fiscais faturas nº 7535 e 7536, e, consequentemente, emitir novos documentos, rasurou as referidas notas fiscais, única e exclusivamente no campo destinado a data da saída do produto, lançando, naquele campo, o dia 18.

Ressaltou que o produto (óleo diesel) somente pode ser transportado através de caminhões tanques e que, quando de suas saídas para entrega das vendas realizadas, recebem lacres no compartimento de coleta e válvulas de saída, os quais somente podem ser rompidos pelo cliente. No entanto, como houve problema mecânico com o primeiro caminhão tanque, o óleo diesel teve que ser transportado para outro veículo, o que determinou o rompimento dos lacres (mencionados nas notas fiscais) para a abertura das válvulas de descarga do produto e colocados novos lacres, os quais foram rompidos pelos clientes. Observou que é público e notório que, quando um lacre é fechado, o mesmo somente pode ser aberto através de sua ruptura. Anexou um modelo de lacre para corroborar sua afirmativa. Afirmou que em nenhum momento houve a intenção de fraudar o fisco, tendo ocorrido, apenas, um erro humano do seu funcionário. Salientou que a lavratura do Auto de Infração se deu próximo ao dia do Natal, quando as pessoas ficam mais estressadas e preocupadas, e com isto, mais suscetíveis a cometeter erros inconscientes.

Portanto, ficou claramente evidenciado que as rasuras nas Notas Fiscais Faturas nº 7535 e nº 7536, bem como a divergência dos lacres utilizados no caminhão tanque de placa policial HZZ 9110 não tiveram a intenção de dolo, simulação ou fraude ao fisco, não implicando em falta de recolhimento do imposto devido, posto que já recolhido pela PETRÓLEO BRASILEIRO S/A., sendo impossível o argumento de que teria infringido o disposto no artigo 209, VI, 911 e 913 do RICMS/97, que transcreveu.

Afora todos os fatos descritos, entendeu como contra senso a fiscalização aceitar os documentos legais que acompanhavam a carga e afirmar que havia intuito comprovado de fraude, pois, nenhuma fraude foi cometida face ao recolhimento antecipado do ICMS.

Igualmente, atacou a multa aplicada, vez que o procedimento fiscal foi realizado com extremo abuso, tendo cunho confiscatório, sendo inegável que pretender a aplicação de penalidade cujo montante corresponde a 100% do valor do imposto, resulta em total desconformidade com o ato dito infracional. Neste sentido discorreu longamente, citando ensinamentos de juristas e jurisprudência de tribunais.

Por derradeiro, solicitou a exclusão do Sr. JOÃO DO ROSÁRIO SOUZA FILHO da lide, a nulidade da ação fiscal ou, na remota hipótese da validade do lançamento, que fosse afastada a penalidade

aplicada, considerando a impossibilidade de se apenar com base em meros critérios objetivos e em vista de seu caráter confiscatório, ou ainda, que a penalidade a ser aplicada seja em conformidade com o erro cometido.

Contra arrazoando a defesa apresentada, o autuante (fls. 68 a 72) ratificou a ação fiscal nos seguintes termos.

Preliminarmente, afirmou ingênuo a defesa quanto a sua afirmativa de que houve erro na identificação do sujeito passivo por parte do preposto fiscal quando da lavratura do Auto de Infração ao identificar o autuado, João do Rosário Souza Filho, como infrator diante das determinações insculpidas no art. 39, I, “d” e art. 911, § 1º do RICMS/97.

Informou que a base da autuação foi a reutilização das Notas Fiscais n.º 7535 e 7536, acobertadoras de 5000 lt de óleo diesel, cada uma, com data de emissão de 17/12/2001, tendo sido rasuradas e alteradas para 18/12/2001, com o agravante das rasuras da placa do veículo e dos lacres constantes nas notas fiscais, com o único intuito de sonegar o imposto. Entendeu que a própria defesa fortaleceu sua convicção a respeito do assunto. Transcreveu o art. 209, VI do citado Regulamento objetivando consubstanciar seu raciocínio.

Quanto ao fato das mercadorias estarem amparadas pela substituição tributária, aqui não pode ser acolhido, vez que ao ser comprovada a reutilização dos documentos fiscais, houve a saída de mercadorias que ainda não haviam sido alvo de tributação.

Entendendo perfeitamente caracterizada a infração, requereu a procedência total do lançamento.

VOTO

Inicialmente não acato o pedido de nulidade suscitado pela defesa em razão de existir insegurança na determinação da infração (não estar clara e descrição da infração e não ter sido descritos, com precisão, os dispositivos legais infringidos), redundando em cerceamento ao seu pleno direito de defesa, vez que não existe qualquer erro e, mesmo se este fato tivesse ocorrido, a norma regulamentar não impõe a nulidade do lançamento e sim, saneamento da irregularidade para se dar prosseguimento à lide. Além do mais, o impugnante entendeu, sobejamente, o embasamento da ação fiscal. Em conclusão, entendo que não se processou qualquer vício material de substancial importância no procedimento fiscal para que se possa caracterizar cerceamento do pleno direito de defesa do sujeito passivo.

É dever, também, analisar o outro argumento de nulidade apresentado. A empresa CAVALO MARINHO COMBUSTÍVEIS LTDA impugnou a ação fiscal em nome do autuado, chamando à si a responsabilidade pela ocorrência do fato constatado pelo fisco estadual, entendendo que, sendo o autuado seu motorista e estando consignado nos documentos fiscais que o transportador era ele próprio, o Auto de Infração, incorretamente, identificou o sujeito passivo da relação tributária.

No ato da fiscalização, a mercadoria estava sendo transportada, ou seja, o destinatário ainda não possuía a sua posse e o vendedor já havia dado saída das mercadorias do seu estabelecimento comercial. Neste caso, a legislação tributária estadual é clara e expressa em imputar a responsabilidade, por solidariedade, ao transportador pelo pagamento do imposto e demais

acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito. Tal determinação está insculpida no art. 6º, III, “d” da Lei nº 7.014/96.

Neste contexto, é necessário saber quem, de fato, tinha a posse das mercadorias apreendidas e ora em discussão.

O autuante apensou ao PAF o RENAVAN do caminhão tanque de placa policial nº HZZ9110 (fl. 14) e a defesa, cópia da Carteira de Trabalho do autuado (fls. 66 a 67). Da análise dos dois documentos, restou provado que o veículo pertencia a empresa CAVALO MARINHO COMBUSTÍVEIS LTDA e o autuado era seu empregado com cargo de motorista. Nesta condição, o transportador era a empresa acima citada, como consignado nas Notas Fiscais nº 7535 e 7536, e o autuado apenas seu funcionário, não podendo responder por atos praticados pelo seu empregador. No caso, as determinações insculpidas no art. 39, I, “d” e art. 911, § 1º do RICMS/97 não podem ser aplicadas ao autuado, como entendeu o autuante, vez que, se volta a frisar, o autuado não era o transportador das mercadorias e sim, a CAVALO MARINHO COMBUSTÍVEIS LTDA.

Diante do exposto, entendo que o autuado é parte ilegítima na presente lide, ocorrendo a indicação errônea do sujeito passivo da obrigação tributária, razão pela qual voto pela NULIDADE da ação fiscal com base no art. 18, IV, “b” do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 110526.0109/01-3, lavrado contra **JOÃO DO ROSÁRIO SOUZA FILHO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2002

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR