

A. I. Nº - 113839.1002/02-2

AUTUADO - POLIPAC CONGLOMERADO DE MADEIRAS LTDA.

AUTUANTE - RAIMUNDO OLIVEIRA DOS SANTOS

ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE

INTERNETE1 - 09.07.01

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0218-01/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. No caso de entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal e de transporte de mercadoria acobertado por documento inidôneo, a lei atribui a responsabilidade pelo imposto ao transportador, na condição de responsável solidário. Trata-se de responsabilidade solidária, haja vista a possibilidade de o fisco optar por autuar ou o contribuinte ou o responsável. Por “contribuinte”, em tal situação, entende-se unicamente o remetente, pois contribuinte é quem pratica o fato gerador, e este se verifica na saída da mercadoria. Como, porém, o contribuinte na situação em exame é estabelecido em outra unidade da Federação, não se encontrando sujeito à legislação baiana, em face do princípio da territorialidade, conclui-se que a autuação teria de ser feita, nos estritos termos da legislação, em nome do transportador. O Auto de Infração foi lavrado contra pessoa que não integra a relação jurídica em exame, pois não foi quem emitiu o documento, não era o transportador e não era o detentor dos bens no ato da ação fiscal. O destinatário somente pode ser responsabilizado após o recebimento das mercadorias. Está caracterizada a ilegitimidade passiva. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 8/1/2002, diz respeito à exigência de ICMS relativo a mercadorias em trânsito de forma irregular, em virtude de divergência entre os dados consignados no documento fiscal e as mercadorias transportadas (contagem física), sendo o adquirente pessoa diversa da indicada na Nota Fiscal. Imposto exigido: R\$ 2.550,00. Multa: 100%.

O autuado inicia sua defesa comentando que foi feita a apreensão das mercadorias no posto fiscal e uma hora depois foi lavrado o Auto de Infração. Frisa que o procedimento foi instaurado por divergência de dados constatada durante a contagem física das mercadorias. Considera nula a autuação de pleno direito, por duas razões: ausência de elementos fundamentais para se determinar com segurança a infração e o infrator, e ilegitimidade passiva do autuado, a quem, a seu ver, não poderia ser imputada tal infração.

A defesa reclama do reduzido lapso de tempo entre a hora da apreensão (18h20) e a hora da autuação (19h27), no mesmo dia, tempo que entende ser insuficiente para se buscar qualquer tipo

de esclarecimento junto ao destinatário, localizado em Salvador, ou mesmo para se realizar a contagem física da carga, tendo em vista a considerável quantidade de madeira serrada, de vários tipos e bitolas, cuja medição requer profundo conhecimento técnico e razoável tempo para se efetuar um trabalho de tal porte. Alega que, em apenas uma hora, em período noturno, não seria possível descarregar todo o caminhão para efetuar a contagem física e, ainda, lavrar o Auto de Infração.

O autuado considera haver uma flagrante divergência entre o que está descrito no Termo de Apreensão e o que é acusado no Auto de Infração. Reclama que inexiste termo ou demonstrativo de contagem física da mercadoria em questão. Como se trata de 24m³ de madeira serrada, a contagem demandaria um tempo significativo e teria de existir um termo circunstanciado da contagem, e o instrumento em que a contagem fosse formalizada teria de ser submetido à conferência pelo destinatário ou pelo condutor das mercadorias, atestando ou discordando do levantamento.

Acusa o fisco de haver desclassificado ilegalmente a Nota Fiscal 122 [de Madeireira G. Passos do Moju Ltda.], que dava trânsito às mercadorias, pois o aludido documento, além do selo fiscal, tem o carimbo dos diversos postos fiscais por onde transitou, sendo que o ICMS nele destacado e o ICMS sobre o transporte foram pagos antecipadamente ao Estado do Pará (juntou comprovantes).

A defesa observa que as madeiras eram acobertadas pela Guia de Autorização para Transporte de Produto Florestal (ATPF) n° 4500711, fornecida pelo IBAMA. Protesta que o fisco, sem qualquer motivação, critério técnico ou base legal entendeu que se tratava de outro tipo de madeira que não o especificado nos documentos.

O autuado sustenta a tese de que, se o fisco desconsiderou a Nota Fiscal por entender que as madeiras transportadas eram outras, então estas se encontravam desacompanhadas de documentação fiscal, logo, o Auto de Infração deveria ter sido lavrado contra aquele que se encontrava com a posse da mercadoria, ou seja, contra o transportador. A seu ver, está configurada nesse caso a ilegitimidade passiva da pessoa autuada.

Prosegue dizendo que houve arbitramento do valor da base de cálculo, uma vez que nenhum demonstrativo foi apresentado e não consta no Termo de Apreensão ou no Auto de Infração como foi determinada a base de cálculo para a autuação.

O sujeito passivo chama a atenção para o fato de que a Nota Fiscal e a guia do IBAMA dizem respeito a 24m³ de madeira serrada, sendo que o fiscal considerou a existência de 24,10m³ e indicou no Auto de Infração 2.410m³, arbitrando a carga em exatos R\$ 15.000,00, sem demonstrar como alcançou essa cifra, que corresponde a 672% do valor real da operação.

Segundo o autuado, também o valor do frete foi arbitrado, na quantia de R\$ 2.890,00. A seu ver, o frete não poderia mais ser incluído na base de cálculo da operação, pois o imposto já foi pago por antecipação. Considera que, caso houvesse algum débito a ser pago sobre o frete, o recolhimento deveria ser feito era ao Estado do Pará, onde se iniciou a prestação do serviço, em face dos dados colhidos do transportador.

Diz que assumiu a condição de depositário das mercadorias com o fito de agilizar a sua liberação, para posterior discussão do fato, sendo que, para isso, foi compelido a assinar documento proposto pela própria fiscalização, já que a empresa tinha de cumprir prazo de execução de serviços por força de contrato de subempreitada com a empresa Concreta Controle de Concreto e Tecnologia Ltda., em obra de construção civil contratada pelo Ministério Público, conforme documentos anexos.

Pondera que a fiscalização, no posto fiscal, não poderia jamais consignar na descrição dos fatos, no Auto de Infração, que as mercadorias seriam destinadas a pessoa diversa da indicada no documento fiscal, pois não flagrou esse fato, haja vista que a mercadoria ainda se encontrava em trânsito.

Assegura que a Nota Fiscal que dava trânsito às mercadorias não é inidônea, e se, por acaso, existisse qualquer irregularidade que demandasse exigência de imposto, teriam de ser considerados os créditos dos impostos pagos anteriormente. Diz que o fiscal teria alegado que as mercadorias estavam em desacordo com a Nota Fiscal, mas não apresentou qualquer tipo de comprovação dessa situação. Indaga o que é que estava em desacordo, e com que base o fisco fez essa afirmativa.

Conclui dizendo considerar desnecessário adentrar às razões de mérito, por ser nulo o Auto de Infração.

O fiscal autuante prestou informação declarando que foi utilizada indevidamente a Nota Fiscal 122, de G. Passos do Moju Ltda., tendo como destinatária a empresa Concreta Controle de Concreto e Tecnologia Ltda., pessoa diversa da do autuado, com divergência nas quantidades e na nomenclatura da mercadoria. Explica que a mercadoria foi conferida por inspeção visual e através de medição por fita métrica para determinação da cubagem (altura x comprimento x largura), e a medição foi acompanhada pelo transportador, sr. Silas Ans Krauss, e pelo sr. Manoel Marques dos Santos, que declarou ser proprietário da carga. Diz que havia divergência entre a carga e a Nota Fiscal. Aduz que o destinatário declarou não ter solicitado a mercadoria em questão.

Quanto à base de cálculo, o autuante diz que esta foi encontrada em função do preço médio praticado pelo remetente, conforme nota de orçamento e conferência que acompanhava a Nota Fiscal no momento da ocorrência. Acrescenta que o valor do frete foi incluído na base de cálculo.

O autuante declara que o ônus de depositário foi assumido livre e espontaneamente através de requerimento assinado pelo sr. Manoel Marques dos Santos.

Quanto ao crédito fiscal reclamado pela defesa, o autuante contrapõe que não abateu o crédito porque a Nota Fiscal foi utilizada com o intuito comprovado de fraude.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

Foi mandado dar vista da informação fiscal ao sujeito passivo. Este não se manifestou.

VOTO

No presente caso, o fisco exige imposto relativo a mercadorias procedentes de outro Estado, tendo a autuação sido motivada por divergência entre as mercadorias descritas no documento fiscal e as encontradas em trânsito, além do fato de serem destinadas a pessoa diversa da indicada no documento fiscal.

Dentre as questões suscitadas pela defesa, cumpre destacar uma que considero de natureza preliminar. O autuado sustenta a tese de que neste caso há ilegitimidade passiva, porque, se o fisco desconsiderou a Nota Fiscal por entender que as madeiras transportadas eram outras e se destinavam a pessoa diversa da indicada no documento, então as mercadorias se encontravam desacompanhadas de documentação fiscal, logo, o Auto de Infração deveria ter sido lavrado contra a pessoa que se encontrava de posse da mercadoria, ou seja, contra o transportador.

O recolhimento de tributo – seja qual for o tributo –, quer seja feito espontaneamente, quer em decorrência de lançamento de ofício, está sujeito à observância de preceitos de ordem material e de

ordem formal. Pelos preceitos de ordem material, verifica-se se o tributo é devido. E pelos preceitos de ordem formal, observa-se de que modo deve ser feita a cobrança dos valores devidos. Isso significa dizer que os critérios pelos quais se efetua o pagamento do tributo não ficam à mercê da vontade ou predisposição do sujeito passivo, como também não ficam à mercê dos caprichos dos agentes do fisco. A fonte e a medida do tributo é a lei.

O art. 39 do RICMS/97, ao cuidar da situação em exame, ou seja, entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal e transporte de mercadoria acobertado por documento inidôneo, atribui a responsabilidade pelo imposto ao transportador. Trata-se nesse caso de *responsabilidade solidária*, haja vista que o § 3º do mesmo artigo prevê a possibilidade de o fisco optar por autuar ou o contribuinte ou o responsável. Por “contribuinte”, em tal situação, entende-se unicamente o remetente-vendedor, pois *contribuinte* é quem pratica o *fato gerador*, e este se verifica na *saída* da mercadoria. Como, porém, o contribuinte nesse caso é estabelecido em outra unidade da Federação, não se encontrando sujeito à legislação baiana, em face do princípio da territorialidade, conclui-se que a autuação teria de ser feita, nos estritos termos da legislação, em nome do transportador, Silas Ans Krauss, na condição de *responsável*.

Ocorre que o Auto de Infração foi lavrado contra terceiro, pessoa que não integra a relação jurídica em exame. A empresa autuada, que segundo o fisco seria a real destinatária da carga – questão de mérito, que não será apreciada neste julgamento –, não tinha a posse das mercadorias, pois estas se encontravam em poder do transportador, em trânsito.

Houve, portanto, um *vício material* de substancial importância, pois o Auto de Infração foi lavrado em nome do suposto destinatário. Não foi ele quem emitiu a Nota Fiscal. Não foi ele quem transportou as mercadorias. Ele não era o detentor dos bens no ato do procedimento fiscal. O destinatário somente pode ser responsabilizado após o recebimento das mercadorias. Está caracterizada a ilegitimidade passiva. Não é cabível a atribuição da responsabilidade solidária ao destinatário nesse caso, por falta de previsão legal.

Com base no art. 18, IV, “b”, do RPAF/99, é nulo o procedimento. A repartição examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 113839.1002/02-2, lavrado contra **POLIPAC CONGLOMERADO DE MADEIRAS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2002.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR