

A. I. Nº - 281101.0061/03-4  
AUTUADO - ROBERTO FONSECA FALCÃO  
AUTUANTE - MARTA VASCONCELLOS COSTA  
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE  
INTERNET - 16.10.03

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0397-03/03**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO REALIZADA COM NOTA FISCAL INIDÔNEA (CLONADA). TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Na situação em tela, o emitente e o destinatário constantes na nota fiscal são localizados em outras unidades da Federação, não tendo sido comprovada a ocorrência, no território baiano, do carregamento ou descarregamento das mercadorias objeto desta autuação. Sendo assim, não cabe ao Estado da Bahia exigir o imposto incidente na operação, sob pena de enriquecimento sem causa. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 31/07/03, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$3.888,00, acrescido da multa de 100%, por “utilização de documentos fiscais contendo rasura, adulteração ou falsificação”. Consta, ainda, na descrição dos fatos, que as mercadorias estavam transitando com documentação fiscal inidônea, uma vez que a Nota Fiscal nº 000531 é clonada, pois o contribuinte emitente – Fertilizantes Brasplante Ltda., apresentou a nota fiscal verdadeira, a qual foi emitida em 29/09/02, com destino à cidade de Vitória, no Estado do Espírito Santo. Para documentar a irregularidade tributária, foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 281101.0061/03-4, acostado às fls. 5 e 6 dos autos.

Às fls. 21 a 36, foram anexadas fotocópias dos seguintes documentos:

1. a petição inicial do Mandado de Segurança nº 14003006912-8, impetrado pelo destinatário das mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 000531 (objeto da presente autuação) - a firma individual Luiz Augusto Limeira de Melo, situada na Fazenda São Luiz, Município de Caruaru, Estado de Pernambuco, CPF nº 081.045.574-91 e inscrição estadual nº 18.1.0900233408-1 -, contra o Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, com pedido de concessão de liminar para a liberação das mercadorias apreendidas, bem como do veículo e do documento fiscal acima mencionado;
2. o Mandado de Notificação contra o Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, expedido pelo Juízo de Direito da 3<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, ordenando a imediata liberação das mercadorias, do veículo, da Nota Fiscal nº 00531, bem como dos documentos do caminhão e do motorista;

3. o Termo de Liberação das mercadorias apreendidas, com a transferência da responsabilidade pela sua guarda e depósito ao impetrante do Mandado de Segurança adredemente referido, Luiz Augusto Limeira de Melo;
4. a Nota Fiscal Avulsa nº 581003, emitida pela fiscalização para acompanhar as mercadorias liberadas até o seu destino, o município de Caruaru – Estado de Pernambuco.

O autuado apresentou defesa (fls. 39 a 47), preliminarmente suscitando a nulidade do Auto de Infração, pelo fato de ter sido lavrado fora do estabelecimento autuado, o que prejudicou o seu direito de defesa. Admite a possibilidade de lavratura de Auto de Infração fora do estabelecimento autuado apenas nos casos de feiras, exposições, mostras, mercadorias em consignação, mercadorias em trânsito ou quando motivo grave impeça a sua lavratura no estabelecimento do contribuinte. Cita o artigo 10 do Decreto Federal nº 70.235/72 e a doutrina para consubstanciar seus argumentos.

Explica que os produtos constantes da Nota Fiscal nº 000531 foram carregados no estabelecimento de origem (Fertilizantes Brasplante Ltda.), que efetuou a venda das mercadorias para a empresa Luiz Augusto Limeira de Melo, estabelecida no Município de Caruaru – PE, e que o Fisco baiano, por ter constatado irregularidades no trânsito de mercadorias, lavrou o presente Auto de Infração baseado em mera presunção de que o documento fiscal seria clonado “sem tipificar o real significado do termo”.

Prossegue dizendo que, na qualidade de proprietário do veículo transportador, não celebrou nenhum contrato de transporte com a empresa emitente da nota fiscal e, portanto, não pode ser responsabilizado por supostas irregularidades cometidas pelo fornecedor das mercadorias ou pela firma destinatária, uma vez que “não possui competência para verificar se os documentos fiscais que acompanham as mercadorias transportadas são inidôneos”.

O autuado alega ainda que foi ferido o “princípio da impessoalidade do ato administrativo”, considerando que a fiscalização não foi desenvolvida em diversos contribuintes ao mesmo tempo e, além disso, não houve a necessária intimação para que pudesse prestar os esclarecimentos necessários antes da lavratura do Auto de Infração.

No mérito, argumenta que não tem condições financeiras para suportar o gravame e que o presente Auto de Infração deveria ter sido lavrado contra o remetente das mercadorias, uma vez que como transportador, não promoveu operações de saídas capazes de configurar o fato gerador do ICMS.

Argumenta que este lançamento “não tem motivação idônea e pertinente”, porque a autuante não comprovou a inidoneidade do documento fiscal, não houve o fato gerador do imposto e o lançamento não guarda conformidade com as disposições legais.

Por fim, aduz que, se o crédito fiscal vier a ser inscrito em Dívida Ativa, será nula a execução fiscal porque o título executório não tem origem nem valor legais.

Finalmente, pede a realização de diligência, por contador habilitado, “a fim de positivar a não-ocorrência do fato gerador do ICMS”, a juntada posterior de provas e a improcedência do Auto de Infração.

A autuante, em sua informação fiscal (fls. 52 e 53), refuta as preliminares de nulidade, afirmando que, de acordo com o § 1º do artigo 39 do RPAF/99, o Auto de Infração poderá ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Quanto ao fato de ter sido lavrado este Auto de Infração contra o transportador das mercadorias, transcreve o artigo 39, inciso I, do RICMS/97 para demonstrar que ele é o responsável solidário pelo pagamento do imposto sempre que conduzir mercadorias sem documentação fiscal ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

No mérito, alega que está devidamente comprovado, pelos documentos acostados ao PAF, que a Nota Fiscal nº 000531 é “clonada”, em confronto com a verdadeira Nota Fiscal nº 531, emitida pelo contribuinte Fertilizantes Brasplante Ltda., em 29/09/02, e que lhe foi enviada via fax pela própria empresa.

Por fim, diz que está caracterizado o cometimento da infração descrita na autuação e pede a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência, a fiscal estranho ao feito, conforme formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99.

Deixo de acatar, ainda, as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado pelas razões seguintes:

1. consoante o disposto no § 1º do artigo 39 do RPAF/99: “O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração”, não podendo ser aplicado o Decreto Federal nº 70.235/72 por se tratar de legislação emanada de ente federativo diverso, no exercício de sua competência tributária;
2. não há previsão legal para o “pedido de esclarecimentos adicionais”, como alegado pelo contribuinte, sendo certo que o sujeito passivo está, ao apresentar a sua peça de defesa, efetivamente exercitando seu direito ao contraditório;
3. acorde a alínea “d” do inciso I do artigo 39 do RICMS/97, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores, em relação às mercadorias que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado, contra o transportador, para exigir o imposto em decorrência da constatação, pela fiscalização de trânsito, do transporte de mercadorias (soja em grãos) acompanhadas da Nota Fiscal nº 000531, emitida em 25/07/03 pela empresa Fertilizantes Brasplante Ltda., supostamente um documento “clonado” e, portanto, inidôneo para acobertar o transporte das mencionadas mercadorias.

Analizando a documentação apensada aos autos, constata-se que:

1. consta, como emitente da Nota Fiscal nº 000531 (fl. 9) e da Nota Fiscal nº 531 (fl. 15), a empresa Fertilizantes Brasplante Ltda., situada na Rod. BR 060 Km 500 S/N, Setor Industrial, em Jataí – Goiás, CNPJ nº 02.551.640/0001-15 e inscrição estadual nº 10.305.554-1;
2. no primeiro documento fiscal consta, como destinatário, a firma individual Luiz Augusto Limeira de Melo, com endereço na Fazenda São Luiz, em Caruaru – Pernambuco, CPF nº 081.045.574-91 e inscrição estadual nº 18.1.0900233408-1, enquanto que o destinatário indicado no segundo documento é a empresa YMPEX Corporate Imp. Exp. Ltda., localizada na Av. Princesa Isabel, 547, em Vitória – Espírito Santo;

3. à fl. 20 foi anexada uma correspondência, do auditor fiscal Raimundo Oliveira dos Santos para o Coordenador de Fiscalização, Josué de Lima Borges Filho, encaminhando a Nota Fiscal nº 000531, para que fossem adotadas as providências necessárias, uma vez que o documento fiscal apresentava “indícios de falsidade”;
4. o destinatário das mercadorias constantes na primeira Nota Fiscal (supostamente clonada) - Luiz Augusto Limeira de Melo – impetrou mandado de segurança e obteve liminar para a liberação das mercadorias apreendidas, tendo sido emitida, pela fiscalização, a Nota Fiscal Avulsa nº 581003 (fl. 25) para acobertar o transporte dos produtos até seu destino final (o Estado de Pernambuco);
5. a Nota Fiscal dita clonada fazia-se acompanhar de um “Termo de Acordo de Regime Especial nº 057/03-GSF”, celebrado entre o remetente das mercadorias e a Secretaria da Fazenda de Goiás, para pagamento do ICMS em condições especiais.

Pelo exposto, verifica-se que, mesmo que se admita que a Nota Fiscal nº 000531 seja clonada, isto é, foi impressa sem a autorização da Secretaria da Fazenda do Estado de origem e paralelamente aos documentos verdadeiros, ainda assim, há que se considerar o seguinte:

1. tanto o remetente como o destinatário das mercadorias, constantes no documento fiscal, são estabelecidos em outras unidades da Federação e, portanto, o ICMS seria devido ao Estado de origem (Goiás) e não à Bahia;
2. como se trata de documento inidôneo, poder-se-ia afirmar que as informações nele indicadas não são confiáveis. Esta é uma argumentação válida, porém deve-se observar que o destinatário dos produtos se manifestou impetrando mandado de segurança, junto ao Poder Judiciário da Bahia, para liberar as mercadorias apreendidas. Portanto, pelo menos o destinatário dos produtos existe no mundo fático e está localizado no Estado de Pernambuco;
3. dessa forma, entendo que o Estado da Bahia somente poderia exigir legitimamente o imposto, na operação em tela, se comprovasse, sem sombra de dúvidas, que o carregamento das mercadorias foi feito por contribuinte situado na Bahia ou o descarregamento das mercadorias foi efetuado em estabelecimento localizado no território baiano, o que deveria ser comprovado pela fiscalização mediante o flagrante necessário;
4. do modo como foi realizada a ação fiscal, com a apreensão das mercadorias no Posto Fiscal João Durval Carneiro, não restou comprovado, a meu ver, que houve o mencionado carregamento ou descarregamento no território da Bahia e, sendo assim, a Bahia não tem competência legal para exigir o tributo na operação em tela, sob pena de enriquecimento ilícito.

Ressalto que, em situações dessa natureza, em meu entendimento, caberia ao Fisco apenas o acompanhamento das mercadorias em sua passagem pelo território baiano, seja substituindo a nota fiscal com indícios de falsidade, seja por meio do Passe Fiscal. Caso se comprovasse que as mercadorias não deixaram a Bahia, aplicar-se-ia a legislação para exigir o imposto devido por presunção.

Pelo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281101.0061/03-4, lavrado contra **ROBERTO FONSECA FALCÃO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO- JULGADORA