

AI Nº - 110526.0059/03-2
AUTUADO - NINON TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO ARAÚJO AGUIAR
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 13.07.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0249/01-04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E INCERTEZA NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. Afora tal situação, de acordo com a Súmula nº 1 é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 04/12/2003 pela fiscalização do trânsito de mercadorias e cobra ICMS no valor de R\$16.706,69, acrescido da multa de 100%, pela entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Consta na descrição dos fatos: “refere-se à entrega em local diverso do indicado na nota fiscal 015799 de mercadorias tributadas (3.600 cxs de vodka), procedente do estado de São Paulo com destino a Empresa Distribuidora de Alimentos Nanuquense. localizada à ave Carlos Chagas Ferreira 1444, Recife-PE. tendo as referidas mercadorias como local de entrega -Ave Anita Garibalde 1815- Rio Vermelho-Salvador-Ba, conforme constam de conhecimento de transporte 022817 e do contrato de transporte Rodoviário de Bens nº 005801 (anexos) OBS: O Endereço na Bahia é da firma Accioly e Mattos Ltda, cuja inscrição estadual encontra-se CANCELADA, Conforme Mandado de Segurança Com Pedido Urgente de liminar de 01/08/2002, na oportunidade foi emitida a nota fiscal avulsa nº 477009 e o passe fiscal nº 2002.08.06.11.44/JLI8188-4, que até a presente data encontra-se em aberto. Este termo substitui ao de nº 073396, lavrado em 16/06/2002 de forma a permitir a renovação da ação fiscal”.

O autuado, por advogado legalmente constituído, impugnou o lançamento fiscal (fls. 37/39), identificando-se, inicialmente, como pessoa jurídica de direito privado, sediada no Estado de São Paulo, cujo objeto social é o transporte rodoviário de bens em geral. Desta forma, realiza o transporte de bens oriundos e destinados a diversos Estados da Federação. Assim, havia firmado contrato de transporte rodoviário com a empresa Flying Ice do Brasil Ind. Com. Exp., estabelecida em São Paulo, para entrega de 3600 caixas de vodka com destino à Empresa Distribuidora de Alimentos Nanuquense, localizada à Av. Carlos Chagas Ferreira, nº 1444, na cidade de Recife/PE, conforme Nota Fiscal apreendida.

Ocorreu que, quando de passagem pelo Estado da Bahia no dia 16/6/2002, o seu caminhão,

trafegando com destino à cidade do Recife para entrega das mercadorias, foi fiscalizado pelo Posto Fiscal da Fazenda deste Estado, quando o preposto fiscal autuou o motorista alegando a "entrega em local diverso do indicado no doc. Fiscal n.º 15799, de 3600 cxs. de vodka". Porém no documento fiscal, idôneo, claramente constava que o destinatário das mercadorias estava estabelecido em Recife, onde as mercadorias deveriam ser entregues.

Continuando seu relato, disse que na ocasião o preposto fiscal havia afirmado que o motorista portava um pedaço de papel, escrito em próprio punho, o qual declarava que os produtos deveriam ser entregues em Salvador. Porém, tal "documento" não poderia ser considerado, uma vez ser inexistente até mesmo nos Autos de Infração lavrados. Além do mais, disse, em afronta à liberdade e à Constituição Federal, o agente fiscal obrigou o condutor do veículo a declarar e firmar sua assinatura no campo destinado à observação na nota fiscal, confirmado que a carga iria para um endereço na cidade de Salvador, ou seja, contrariando expressamente o que estava firmado no campo destinado à localização do destinatário deste mesmo documento fiscal.

Afirmou que o ato praticado pela administração fazendária, buscando responsabilizar o impugnante pelo pagamento do imposto e da multa advinda da apreensão das mercadorias, por si só já se configurava uma ilegalidade, e que não se podia a ele ser exigido imposto por prática de ato imaginado pelo agente de fiscalização, pois não era de sua responsabilidade o erro material contido na nota fiscal de nº 15799, na qual consta no campo destinado à observação um endereço que para ele nada representava. Reafirmou que o motorista do caminhão foi obrigado, pelo fisco, a apor no corpo da nota fiscal um endereço de entrega no estado da Bahia, não contida no documento originalmente emitido. Neste sentido, discorreu sobre o "ato violador" praticado, com erros grosseiro, revestido de arbitrariedade e ilegalidade, que prejudicou a reputação da empresa, que honra seus compromissos e responde por seus atos.

O autuante apresentou seu arrazoado (fls. 55/56) entendendo que o sujeito passivo não havia acostado aos autos novos elementos que desconstituíssem a lavratura do Auto de Infração em 4/12/2003, seguindo orientação da Douta Procuradoria da Fazenda do Estado da Bahia, na pessoa do Procurador Chefe o Dr Jamil Cabús Neto, para substituição do Processo Administrativo Fiscal nº 917.473-7, qualificando a impugnante como sujeito passivo ao invés do condutor do veículo, o Sr. José de Oliveira, com vistas à exigência de recolhimento de R\$16.706,69 correspondente ao ICMS devido ao Estado da Bahia.

Ressaltou que em atendimento ao mandado de Segurança nº 9253865/2002, expedido pela Juíza de Direito, Dra. Rosa Maria da Conceição C. Oliveira, da Primeira Vara da Fazenda Pública (fl. 19 do PAF), em 1/8/2002 foram liberadas as mercadorias apreendidas (Termo de Apreensão nº 110526.0050/03-5) e emitidos a Nota Fiscal Avulsa nº 477009 (fl. 25) e o Passe Fiscal de Mercadoria nº 2002.08.06.11.44/JLI8188-4 (fl. 24), para garantir que as referidas mercadorias seguissem legalmente documentadas até o suposto destino, que seria a cidade de Recife no Estado de Pernambuco. Entretanto, verificou que até a data de 21/2/2004 o citado Passe Fiscal permanecia em situação de "Aberto" (anexo), ou seja, as mercadorias em questão não saíram do Estado da Bahia.

Chamado a se manifestar sobre a informação prestada pelo autuante já que houve a anexação do Passe Fiscal (fl. 59), o autuado (fls. 64/65) informando que quando da apreensão das mercadorias, elas foram descarregadas do caminhão e depositadas em local que ignorava. Assim, o contrato de transporte não se efetivou. Posteriormente, as mercadorias foram liberadas em razão de ordem judicial emanada do Mandado de Segurança nº 9253865/2002, distribuído perante a 1ª Vara da Fazenda Pública em Salvador. Com a liberação, foi emitida pelo órgão fazendário a Nota Fiscal Avulsa nº 477009 e o Passe Fiscal nº 2002.08.06.11.44/JLI8188-4, para assegurar o trânsito da mercadoria até o destino final em Recife. No entanto, não foi o autuado a empresa destinatária dos supracitados documentos fiscais, pois não realizou o restante do transporte da mercadoria,

que ficou a cargo de outra empresa, que desconhecia.

Assim, com fulcro no que dispõe o art. 355 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo, pediu que fossem juntados aos autos documentos que não estavam a seu dispor e sim de posse da fiscalização, quais sejam: Termo de Liberação a terceiro das mercadorias apreendidas, no qual constasse a quem e quando foram entregues as referidas mercadorias apreendidas; cópia da Nota Fiscal Avulsa e do Passe Fiscal, no qual esteja identificada a empresa que se incumbiu do transporte das mercadorias apreendidas, essa sim a responsável por transportar a mercadoria até o destino final.

Diante da situação, entendeu não subsistir nenhuma razão para o prosseguimento do feito fiscal. Finalmente, requereu que as intimações permanecessem sob a forma postal, sendo enviadas ao advogado do impugnante.

O autuante novamente se manifestando (fl. 70), ressaltou como importante o fato de o motorista do veículo de placa policial JLI-8188, Sr. Jacó Silva de Azevedo, não ter procedido à baixa do Passe Fiscal já citado, emitido concomitantemente com a Nota Fiscal de nº 477009, para cumprir a exigência determinada pelo Mandado de Segurança de nº 9253865/02. Porém este fato, afirmou, não eximia o impugnante da responsabilidade tributária no que se refere à "primeira etapa" da autuação, ou seja, só ratificava a sua participação no ilícito fiscal, que se configurou no momento em que o autuado desviou as mercadorias que supostamente seriam destinadas à cidade de Recife no Estado de Pernambuco, para Salvador, no Estado da Bahia, com o intuito concreto de descarregá-las no endereço grafado no Contrato de Transporte Rodoviário de Bens nº 005801 (fl. 18), de sua própria emissão.

Que a segunda etapa do processo envolvia o veículo acima identificado, de propriedade do Sr. Antonio Nascimento da Silva, cujo motorista é o Sr. Jacó Silva Azevedo e que geraria um novo Auto de Infração tomando-se como fato gerador da exigência tributária o respectivo Passe Fiscal nº 2002.08.06.1 I 44/JLI8 188-4, que se encontra em "Aberto".

VOTO

No Posto Fiscal Honorato Viana foram apreendidas 3.600 caixas de vodka, que se faziam acompanhar da Nota Fiscal nº 015799 emitida pela empresa Armazéns Gerais Furusho & Salzano Ltda para a Nunuquesense em Recife. Neste documento não existe qualquer observação de entrega das mercadorias em Salvador. No entanto, no CTRC nº 022817, emitido pela Ninon Transportes Ltda, consta o mesmo negócio porém com a observação de que a mercadoria deveria ser entregue em Salvador, na avenida Anita Garibaldi, 1815, cj. 10, Rio vermelho (fls. 15/17). Existe, também, um contrato de transporte da Ninon com a empresa Transporte Zangal Ltda. sobre a operação onde consta que a mercadoria deveria ser descarregada em Salvador, fazendo alusão ao número do CTRC emitido (fl. 18).

Em 19/6/2002 foi lavrado o Auto de Infração nº 000.917.473-7I contra o Sr. José Oliveira, motorista do caminhão pertencente a Ninon Transportes Ltda, tendo em vista que a fiscalização percebeu que haveria a entrega de mercadorias em local diverso daquele consignado na Nota Fiscal nº 015799 (3.600 caixas de vodka).

O destinatário das mercadorias, Distribuidora de Alimentos Nunuquense Ltda, impetrou Mandado de Segurança pela apreensão das mercadorias. Elas foram liberadas com Nota Fiscal Avulsa (fl. 25) e Passe Fiscal (fl. 26) para a Nunuquense, porém indicando outro transportador que não o autuado para prosseguir à Recife com as mercadorias. Não houve contestação do Auto de Infração, que foi encaminhado para inscrição em dívida ativa.

A Procuradoria da Fazenda representou a este Colegiado, pois estava comprovado, naquele

processo, o real transportador das mercadorias, ou seja, a Ninon. O CONSEF anulou o Auto de Infração e solicitou que fosse refeita a ação fiscal livre de erros. O mesmo auditor o refez, que é o presente.

Observo que o Passe Fiscal emitido para dar trânsito às mercadorias naquela oportunidade até o momento presente se encontra em aberto.

Após esta breve relato da situação, me atento ao fato de que ao impetrar Mandado de Segurança, ou seja, encaminhar a questão ao judiciário, o primeiro Auto de Infração - outro instrumento porém a este vinculado, já que ambos possuem o mesmo fato gerador do ICMS, se encontra *sub judice*. A Sra Juíza da 1ª Vara de Fazenda Pública determinou a liberação das mercadorias, porém em outra oportunidade, iria, ou irá, julgar o mérito da lide. Neste contexto, este Conselho de Fazenda, a princípio, não tem competência para julgar o fato, a luz do art. 117, do RPAF/99 (Dec nº 7.629/99) e o Auto de Infração (o primeiro) deveria ser inscrito em dívida ativa, com suspensão da exigibilidade da cobrança do imposto até decisão definitiva da matéria.

Porém como disse, esta regra acima referida deve ser aplicada em um processo sem vícios. O primeiro continha um vício jurídico insanável, ou seja, a indicação errônea do sujeito passivo tributário. Por isto, a Procuradoria da Fazenda e este Colegiado, dentro da competência de cada um, agiram e sinalizaram o correto procedimento a ser seguido.

O autuante refez o procedimento fiscal. Mas, nesta oportunidade, cometeu outro vício jurídico que entendo, outra vez, insanável e explico.

O presente Auto de Infração foi lavrado com base no Termo de Apreensão de Mercadorias nº 073396, lavrado em 16/06/2002 (fl. 11). O preposto fiscal emitiu outro, de nº 110526.0050/03-5, para substituí-lo, conforme por ele mesmo afirmado, de forma a permitir a renovação da ação fiscal. Ao sujeito passivo, naquela oportunidade, não foi dada ciência deste Termo, já que não possui qualquer assinatura a não ser do preposto fiscal (fl. 7). É equivocado este procedimento.

O art. 26, IV, do RPAF/99 expressa, entre outras, que se considera iniciado procedimento fiscal no momento da emissão do Auto de Infração. Entretanto, no seu art. 28, VI determina que ele deve ser lavrado com o atendimento às disposições naquele Regulamento contidas. Entre estas disposições, consta a lavratura de diversos termos (Início e Encerramento da Ação Fiscal, Termo de Apreensão, etc) e o prazo de validade de cada um. O Termo de Apreensão tem validade de 30 dias (art. 28, § 2º). Se não for lavrado um Auto de Infração neste período, não tem mais efeito. Foi lavrado um Auto de Infração, porém o lançamento dele decorrente foi anulado. Afora o fato de que lavrado em nome de terceiros que não o autuado, que, na primeira lide não figura no pólo passivo da relação tributária.

A fiscalização estadual, quando nas suas funções de controle das receitas do Erário, encontra-se investida, privativamente, do poder e dever de, constatando qualquer irregularidade tributária, buscar recuperar esta receita, espontaneamente ou de ofício, pela lavratura do Auto de Infração. Estas são, em linhas gerais, as determinações do art. 142 do CTN.

Neste contexto, o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado (Parágrafo único do citado artigo do CTN), devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias, etc e de rotinas administrativas.

No caso em exame, o autuante deveria ter dado início da ação fiscal lavrando os termos regulamentares, precisamente, o Termo de Início e de Encerramento da ação fiscal, para dar a conhecer ao sujeito passivo a ação desenvolvida com a observância de todos os prazos legais advindos deste procedimento.

Em suma, a adoção de procedimento impróprio de fiscalização, comprometeu toda ação fiscal e feriu direitos do contribuinte. Esse vício torna patente que não foi seguido o devido processo

legal. Houve prejuízo jurídico para o sujeito passivo, afetando o seu direito de defesa. O procedimento é nulo, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99.

Por derradeiro, observo que a Repartição Fiscal deverá verificar se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, podendo o contribuinte, antes desta renovação, sanar alguma irregularidade porventura existente.

Ao lado desta situação, ainda existe outro problema, que diz respeito com a base de cálculo do imposto. Conforme observo no Termo de Apreensão nº 07396 (fl. 11) o preposto fiscal indicou o valor de R\$42.000,00, não indicando como a este valor chegou. Ao aplicar a MVA de 40% e incluir o valor do frete para apurar o seu total (R\$61.880,00), pressuponho que aquele valor (R\$42.000,00) deveria ser o valor de aquisição. Entretanto, este valor, conforme consignado nos documentos fiscais, é de R\$7.600,00. De acordo com a Súmula nº 1 deste Colegiado é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo (art. 18, IV, “a”, do RPAF/99).

Conclusão, voto pela nulidade da ação fiscal por conter vícios formais que cercearam o direito de defesa do contribuinte e por falta de demonstração do montante devido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **110526.0059/03-2**, lavrado contra **NINON TRANSPORTES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 7 de julho de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR