

PROCESSO - A. I. Nº 09346562/04
RECORRENTE - RODOVIÁRIO RAMOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0210-03/05
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 25/10/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0329-12/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Provado tratar-se de documento fiscal com os campos devidamente preenchidos, inclusive indicando a procedência e o destino das mercadorias transportadas. Afastada a responsabilidade solidária do transportador. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão prolatada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0210-03/05, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração lavrado em 10/12/2004, exige ICMS no valor de R\$1.893,80 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em razão da constatação de operação com mercadorias, efetuada sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias de nº 122375, à fl. 3 dos autos.

Conforme descrito no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, a Nota Fiscal nº 47.150, emitida pela Indústria de Confecções Comércio Ltda., destinada a Alberto Santana de Almeida Santos - ME, IE 62.048.969, é inidônea para a operação porque não discrimina as mercadorias conforme determina a legislação. Ainda de acordo com o mesmo Termo de Apreensão, as mercadorias apreendidas foram 114 camisas sociais, 18 camisas e 58 calças jeans.

A empresa Alberto Santana de Almeida Santos - ME, destinatária das mercadorias, apresentou impugnação (fls. 26 a 37), alegando inicialmente sobre a aplicação subsidiária do art. 3º, do CPC, quanto à legitimidade e interesse de propor ou contestar, esclarecendo, pois, que é sujeito passivo da obrigação tributária principal e, por conseguinte, lhe é assegurado o direito de defesa, face à aplicabilidade subsidiária do art. 3º do CPC, consoante o disposto no art. 180, do RPAF-BA. Ressalta ainda que tal legitimidade é definida, também, quanto à obrigação do pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, no caput do art. 121, do CTN. Citou o Acórdão CJF nº 5512-02, no Auto de Infração nº 1105260047018, em que não ficou configurado que o transportador é responsável solidário.

Com os argumentos “defensivos” entende o defendente que houve imputação errônea de responsabilidade solidária ao transportador da mercadoria, portanto, ilegitimidade passiva, além de entender que foi ferido o Princípio da Territorialidade da legislação fiscal, considerando a origem da mercadoria e do documento fiscal que acobertava o seu trânsito.

Adentra ao mérito, apresentando entendimento de que há imprecisão e incerteza na autuação, haja vista que o Fisco do Espírito Santo, ao acatar o documento fiscal e permitir o trânsito da mercadoria, convalidou a operação, não podendo o Fisco do Estado da Bahia invalidar o documento por mera suposição. Entende ainda que não pode haver a divergência apontada pelo autuante, tendo em vista que a nota fiscal declara “saldo de estoque diversos”, e não, quantidade de peças. Diz que o procedimento fiscal é irregular quando declara inidôneo o documento fiscal emitido por empresa localizada em outro Estado, e que o lançamento em questão não atende aos requisitos do art. 142, do CTN. Salaria que o enquadramento da infração indicada não

consubstancia a infringência por parte do autuado e que não havia qualquer razão para apreensão das mercadorias que estava acompanhada da Nota Fiscal nº 47150, emitida por empresa estabelecida em outra unidade da Federação. Assevera que a legislação baiana tem o seu alcance nos limites territoriais do Estado.

Quanto à legislação, o defendente apresenta a definição contida no art. 5º da referida LC nº 87/96 em relação à responsabilidade atribuída a terceiros para o pagamento do imposto e acréscimos. Diz que não ficou evidenciada a prática de qualquer ato ou omissão de recolhimento do ICMS, contesta a base de cálculo, entendendo que não representa a realidade fática dos preços de mercado do local da operação. Diz também, que o pesquisador deixou de comparecer ao estabelecimento pesquisado, limitando-se a pedir o preço mais alto, sabendo que confecção diferencia de marca, tecido, etc.

Por fim, alega que os interessados não foram intimados a acompanhar o trabalho e se manifestar sobre o resultado, e que essas faltas implicam em cerceamento de defesa. Requer, ao cabo, a improcedência da autuação por afronta ao princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

O autuante, em sua informação fiscal, à fl. 50, diz que em relação ao argumento da ilegitimidade passiva, a autuação tem fundamento no art. 39, inciso I, do RICMS/97, que trata da responsabilidade solidária do transportador de mercadorias, quando as mesmas forem acompanhadas de documentação fiscal inidônea. Quanto a essa questão, pede a revisão de alguns julgados administrativos.

Diz ainda que em relação ao argumento defensivo da não caracterização da idoneidade do documento fiscal que acompanhava a mercadoria, o considerou em decorrência da declaração inexata dos preços, configurando subfaturamento, além de o documento fiscal não guardar os requisitos regulamentares quanto à discriminação das mercadorias.

Com respeito à extraterritorialidade alegada pela defesa não pode ser aceita porque a legislação infraconstitucional é superior, e a observância das exigências fiscais quanto aos documentos origina-se de ajustes SINIEF (Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais).

Por fim, esclareceu que foi efetuado o levantamento de preços (fl. 6) na própria empresa adquirente das mercadorias, por isso, considera que, ao contrário do alegado pelo defendente, os preços estão certos.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal vota pela Procedência do Auto de Infração em lide, com as seguintes considerações:

Quanto à alegação defensiva da legitimidade para impugnar a autuação fiscal, entendo que, efetivamente, existe interesse e legitimidade do defendente para contestar o presente Auto de Infração, haja vista que se trata do destinatário da mercadoria.

Ressalta que embora conste no Auto de Infração que foi constatada mercadoria desacompanhada de documento fiscal, no Termo de Apreensão, peça indispensável e inseparável do Auto de Infração, apresenta o necessário esclarecimento: mercadoria desacompanhada de documento fiscal, visto que a Nota Fiscal nº 47150, emitida pela Indústria de Confecções Comércio Ltda., destinada a Alberto Santana de Almeida Santos, IE 62.048.969, é inidônea para a operação, pois não discrimina as mercadorias como determina a legislação em vigor.

Diz que quanto a alegada extraterritorialidade, tendo sido constatada, neste Estado, mercadoria acompanhada de documentação considerada inidônea, o local da operação relativa à circulação de mercadorias, para efeito de cobrança do ICMS e da definição do estabelecimento responsável, é o do lugar onde se encontrou a mercadoria, em situação fiscal irregular, por estar acompanhada de documentação inidônea, conforme art. 47, inciso II, alínea “a”, do RICMS/97.

Não acata a alegação defensiva de que existe ilegitimidade passiva, ressaltando que de acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias

sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea. Assim, fica consignado o transportador no pólo passivo, tendo em vista que é atribuída por Lei a responsabilidade solidária do transportador pelo pagamento do tributo quando as mercadorias forem transportadas sem documento fiscal ou com documento inidôneo.

Não acata as alegações de nulidade da autuação, dizendo que não foi encontrado vício insanável no presente lançamento e que não houve cerceamento de defesa, como alegado pelo autuado. Assevera que não foram constatados os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99, para declarar nulidade do presente lançamento.

No mérito, a exigência fiscal é decorrente da responsabilidade solidária atribuída ao transportador (Rodoviário Ramos Ltda.), sob a acusação de que foram encontradas 132 camisas e 58 calças, acompanhadas de documento fiscal considerado inidôneo, por não discriminar as mercadorias como determina a legislação.

Entende o ilustre relator que no caso em discussão, o transportador deveria exigir do remetente a nota fiscal com a discriminação correta, haja vista que o documento fiscal, na forma como foi preenchido o campo destinado à discriminação dos produtos, implica sua inidoneidade, conforme art. 209, IV, do RICMS/97, ensejando a cobrança do imposto.

Vale ressaltar que, consoante o art. 219, inciso IV, “a”, do RICMS/97, a descrição das mercadorias compreende: o nome, a marca, o tipo, o modelo, a série, a espécie, a qualidade e demais elementos que permitam sua perfeita identificação.

Diz constatar que a base de cálculo do imposto exigido está conforme art. 938, V, “b”, item 2, do RICMS/97, tendo em vista que foi efetuado, em estabelecimento da mesma empresa “autuada”, o levantamento no varejo (fl. 6), constando os preços das mercadorias do mesmo tipo e marca constantes do Termo de Apreensão, e embora o “autuado” tenha contestado, não apresentou qualquer elemento para contrapor o levantamento fiscal.

Amiúda as considerações, o ilustre relator, dizendo que foi apurado o imposto de acordo com a quantidade de cada item apreendido, num total de 190 peças, enquanto a nota fiscal indica 192 peças, sendo esse mais um fator de inidoneidade do documento fiscal.

Em Recurso Voluntário, o autuado insurge-se contra a Decisão de Primeira Instância, de início tratando dos fatos dizendo que fora lavrado Auto de Infração sob acusação imprecisa “*sem doc. Fiscal, conforme termo de apreensão ...*”. Afirmar que tal acusação é imprecisa, pois a operação realizou-se em outro estado da federação, motivo impeditivo ao conhecimento do autuante da efetiva realidade do negócio. Assegura a existência de operação mercantil regular dizendo que as mercadorias transportadas estavam acobertadas pela Nota Fiscal nº 47150.

Aduz que o fato gerador da obrigação tributária principal decorre da saída da mercadoria do estabelecimento e, que no caso em lide a exigência tem fundamento na entrada da mercadoria no estabelecimento da adquirente.

Diz que o julgamento recorrido tem motivação na alegação de subfaturamento. Cita Acórdãos, que em situação idêntica, trazem Decisão de improcedência e reconhecimento de insubsistência da ação fiscal.

Da fundamentação diz que o Auto de Infração foi lavrado de maneira sucinta, não oferecendo, à parte interessada, a devida clareza do que lhe é imputado.

Diz ser descabível a “desclassificação” da Nota Fiscal nº 47150, visto que a mesma preenche os requisitos necessários e suficientes à sua utilização, alegando ainda que o fato da descrição da mercadoria haver sido feita de forma genérica não caracteriza a sua inidoneidade – cita parágrafo único do art. 209 do RICMS/BA.

Diz não ter aplicabilidade a atribuição da responsabilidade solidária ao transportador que recebe menor fim, diz que a mercadoria é para transportar, acompanhado de documento fiscal preenchido de forma regular, por empresa também regular.

Suscita a nulidade dizendo *“sendo como de fato o é; a inidoneidade fiscal uma condição intrínseca, assim entendido em Decisão desse egrégio CONSEF; fica caracterizada a ilegitimidade passiva do transportador”*.

Cita o art. 5º da Lei complementar nº 87/96 *“Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimo derivados pelo contribuinte quando os atos ou omissões daqueles concorrem para o não recolhimento do tributo”*, para afirmar que carece de legitimidade a responsabilidade atribuída ao recorrente pela falta de motivação e devido à ausência de ato omissivo capaz de fraudar o fisco.

Refuta a base de cálculo apurada, pois considera que existem preços diversos para as peças apreendidas com variações de confecções, tecidos e modelos. Afirma não haver provas nos autos da identificação de peça por peça, além de ter sido considerado o preço de varejo, quando deveria ter sido considerado o preço no atacado, conforme determina o item 1, letra “b”, inciso V do art. 938 do RICMS/BA.

Por fim, diz que o Recurso Voluntário tem fulcro em Decisões deste Conselho de Fazenda e requer, por direito de igualdade, a reforma do julgamento recorrido para tornar o Auto de Infração Improcedente.

A PGE/PROFIS, em parecer exarado às fls. 90 a 95, diz, breve síntese, que a irressignação na recorrente contra o Acórdão JJF nº 0210-03/05, aborda os seguintes pontos:

- a) a ilegitimidade passiva;
- b) a idoneidade do documento fiscal arrostado e;
- c) a extraterritorialidade.

Para enfrentar o primeiro ponto do recurso voluntário, o Ilustre Procurador cita e transcreve o art. 146, III, a e b da CF/88, o art. 128 caput do CTN, a Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 5º, além do art. 6º da Lei nº 7014/96, para justificar sua posição em relação à ilegitimidade do sujeito passivo.

Em relação à idoneidade do documento fiscal, diz ser frágil a tese da impossibilidade da aplicação da legislação do Estado da Bahia, no sentido de imputar a inidoneidade de um documento emitido por contribuinte em outra unidade da federação. Fazendo uso do argumento recursal, o ilustre procurador traz aos autos citação da legislação pertinente, pesquisada no site da secretaria da fazenda do estado do Espírito Santo que diz *“a descrição dos produtos, que compreenda o nome, a marca, o tipo, o modelo, a serie, a espécie, a qualidade e os demais elementos que permitam a sua perfeita identificação”*. Assim, justifica seu posicionamento quanto à idoneidade do documento.

Quanto à alegação da recorrente no tocante à falta de clareza de como foi mensurada a base de cálculo do ICMS no presente lançamento, cita e transcreve o art. 15 da LC Nº 87/96.

Por fim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Da análise dos autos verifico a imputação da infração fiscal de - mercadoria desacompanhada de documentação fiscal visto que a Nota Fiscal nº 47150 emitida por Ind. de Confecções Comércio Ltda. destinada a Alberto Santana de Almeida Santos em 01/12/2004 é inidônea para a operação, pois não discrimina as mercadorias, como determina a legislação.

De início, recuso a afirmação de que as mercadorias estavam desacompanhadas de documentação fiscal. De fato, as mercadorias não constavam discriminadas no corpo da referida nota fiscal, contudo, tal fato, também, a meu ver, não enseja a inidoneidade do documento fiscal, pois nele constam todos os dados necessários, conforme parágrafo único do art. 209 do RICMS/BA.

Quanto à base de cálculo, fl. 6, considero imprecisa na medida em que não especifica a similitude das mercadorias, a considerar: modelo, tecido, tipo de confecção, etc.

De outro lado, não vejo como ser imputada responsabilidade ao transportador das mercadorias, que as recebe acompanhadas de documentação fiscal devidamente preenchido. Até porque, não tem o transportador meios de verificação da idoneidade ou não do documento fiscal.

Assim, como entendo não existirem razões de fato para a autuação, quer no que concerne à mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, quer no que concerne à forma de levantamento da base de cálculo e, ainda, no que diz respeito à responsabilidade solidária do transportador, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão de Primeira Instância e tornar o Auto de Infração NULO. Recomendo a renovação do procedimento fiscal se for o caso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **09346562/04**, lavrado contra **RODOVIÁRIO RAMOS LTDA**. Recomendamos a renovação do procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS