

A. I. Nº - 934658-9/04
AUTUADO - RODOVIÁRIO RAMOS LTDA.
AUTUANTE - LUIS AUGUSTO DE AGUIAR GONÇALVES
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 14.07.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0196-02/05

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL INIDÔNEA. PREÇOS INFERIORES AOS PRATICADOS NO MERCADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Para que o documento fiscal seja considerado inidôneo é necessário que contenha irregularidade que o torne imprestável para os fins a que se destine. O fato de constar no documento fiscal preço de aquisição bastante inferior ao preço de venda no mercado consumidor não caracteriza a inidoneidade do documento fiscal, ressalvando-se que a quantidade da mercadoria apreendida corresponde com a constante na nota fiscal que a acobertava. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 10/12/2004 em nome do transportador, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$ 3.356,65, mais a multa de 100%, sob acusação de transporte das mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal 47169, considerada inidônea por não constar a discriminação das mercadorias e por conter preços inferiores aos praticados, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 127125 e demais documentos às fls. 03 a 06.

Foram dados como infringidos os artigos 56 combinado com o artigo 209, inciso VI, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, com aplicação da multa prevista no artigo 42, IV, "b", da Lei nº 7.014/96.

A defesa às fls. 25 a 36, foi formulada por advogado constituído pelo contribuinte Fiapavio Comércio de Confecções Ltda, na condição de responsável tributário pela obrigação tributária, nos termos do item IV, letra "b", do inciso I, do artigo 947, do RICMS/97, argüindo a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da obrigação tributária, por se tratar de destinatária das mercadorias apreendidas, e ser o responsável pelo pagamento do imposto e acréscimos, requerido e aceito pela autoridade fazendária, conforme processo protocolado sob o nº 240666/2004-5.

Fundamentou sua pretensão nos artigos 180, do RPAF/99; 3º do C.P.C. e 121, do CTN e citou o julgamento do AI – nº 1105260047018, Acórdão CJF nº 5212/02, onde foi decidido que o transportador não se configura na condição de responsabilidade solidária pela falta de como verificar a inidoneidade da documentação apresentada.

Com esses argumentos, aduz que houve inobservância do devido processo legal, por imputação errônea de responsabilidade solidária do transportador da mercadoria, e em virtude da pretensão fiscal ferir o Princípio da Territorialidade, haja vista a origem da mercadoria e o documento fiscal que a acobertava.

Analizando os fatos, o patrono do autuado considerou que houve imprecisão e incerteza da apreensão, visto que o fisco do Estado do Espírito Santo ao permitir o trânsito da mercadoria e acatar o documento fiscal, convalidou a operação, o Estado da Bahia não poderia proceder diferentemente.

Falou que a alegação de divergência após a contagem física das mercadorias não procede, tendo em vista que a nota fiscal declara saldo de estoque diverso, não quantidade de peças, e que ao analisar a questão à luz do RICMS/BA o autuante inobservou o Princípio da Territorialidade da Legislação Fiscal.

Protestou contra a acusação de utilização de preços inferiores ao praticado, dizendo que o preço descrito no documento fiscal corresponde ao preço negociado pelas partes envolvidas no negócio no Estado de origem da mercadoria.

Prosseguindo, considerou inadequada a tipificação nos artigos 56 e 209, [VI], do RICMS/97, e invocou o artigo 5º do LC 87/96, para argumentar que o Estado da Bahia ao editar a Lei nº 7.014/96 atribuindo responsabilidade ao transportador, deixou de acrescentar a sua aplicação “quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo”.

O preço utilizado para a determinação da base de cálculo foi refutado pelo defendant por entender que não representa a realidade fática dos preços de mercado no local da operação, e que o pesquisador não compareceu ao estabelecimento com amostra da mercadoria. Disse que os interessados não foram intimados para acompanhar o trabalho de levantamento dos preços e a se manifestar sobre o resultado, implicando a falta desses elementos em cerceamento de defesa, consoante disposto no artigo 108, e parágrafo único, inciso I, do RPAF/99.

Teceu comentários ao artigo 112, do CTN, na visão de diversos autores, e também sobre ato vinculado, para argumentar que o lançamento afronta o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois não assegura a verificação correta do fato gerador e da base de cálculo.

Por fim, requer a nulidade do Auto de Infração, e se ultrapassada, a sua improcedência.

O autuante em sua informação fiscal à fl. 49 analisando a preliminar de nulidade relativa a argüição de ilegitimidade passiva, declara que o seu procedimento fiscal está baseado no artigo 39, inciso I, do RICMS/97, por considerar que as mercadorias estavam acobertadas por documento fiscal inidôneo. ressaltando que é uma obrigação do transportador cumprir o disposto no artigo 202, § 4º do citado Regulamento.

Com relação a segunda preliminar, foi esclarecido que a Nota Fiscal nº 47169 foi considerada inidônea porque o preço consignado na mesma é uma declaração inexata, nos termos do artigo 209, inciso IV, do RICMS/97, configurando-se num sub-faturamento, e, por não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, relativamente à discriminação das mercadorias no documento fiscal, ferindo o artigo 202, § 4º.

Quanto a extraterritorialidade argumentada na defesa para considerar inidôneo o documento fiscal, o preposto fiscal assinala que a legislação tributária dos Estados segue os princípios e normas da legislação infra-constitucional que lhe é superior, e no caso de documentação fiscal, origina-se de ajustes SINIEF (Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais).

Sobre os preços utilizados para a determinação da base de cálculo (doc. fl. 06), o autuante informou que os mesmos foram obtidos da empresa adquirente, e no seu entendimento representam valores “a preço de mercado”.

VOTO

A exigência fiscal de que cuida os autos é originária de apreensão de mercadoria pela fiscalização de mercadorias em trânsito que se encontrava em poder do autuado, na condição de transportador da mesma, cuja referida mercadoria, estava acobertada pela Nota Fiscal nº 47169, emitida em 20/12/2004, pela firma Indústria de Confecções Comércio Ltda (Colatina-ES), considerada inidônea para a operação pela falta de discriminação das mercadorias e por conter preços inferiores ao praticado com base no artigo 209, IV, do RICMS/97, tudo conforme documentos às fls. 03 a 06.

A defesa foi apresentada por advogado legalmente constituído pelo destinatário das mercadorias constantes na nota fiscal, mais precisamente FIAPAVIO COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, IE nº 46.323.426 e CNPJ nº 01.112.305/0002-39, localizado na cidade de Salvador.

Considerando o defendant a parte interessada no Auto de Infração, na condição de responsável tributário, a defesa apresentada deve ser conhecida.

Analisei conjuntamente as argüições de nulidade do procedimento fiscal com o mérito da questão, por considerar que elas se confundem entre si.

De acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, reproduzido no artigo 39, V, do RICMS/97, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, qualquer pessoa física ou jurídica, que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

Já o artigo 209, VI, do RICMS/97, *in verbis*:

“Art. 209. Será considerado inidôneo, fazendo prova em favor do fisco, o documento fiscal que:

I – omitir indicações, inclusive as necessárias à perfeita indicação da operação ou prestação;
II – não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de “Nota de Conferência”, “Orçamento”, “Pedido” e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documento fiscal;

III – não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, inclusive no caso de utilização após vencido o prazo de validade nele indicado;

IV – contiver declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou contiver rasura ou emenda que lhe prejudique a clareza;

V – não se referir a uma efetiva operação ou prestação, salvo nos casos previstos neste Regulamento;

VI – embora revestidos das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;

VII – for emitido por contribuinte:

a) fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades;

b) no período em que se encontrar com sua inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos I, III e IV, somente se considerará inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades forem de tal ordem que o tornem imprestável para os fins a que se destine.”

No plano formal, verifico que o processo se apresenta com irregularidade concernente à descrição dos fatos, pois, enquanto no Termo de Apreensão à fl. 03, a inidoneidade foi declarada

com base no fato de não constar a especificação das mercadorias, no corpo do Auto de Infração, consta que a inidoneidade diz respeito ao fato do preço consignado no documento fiscal ser inferior ao preço praticado, o que por si só poderia ensejar a nulidade do lançamento.

Contudo, pela legislação acima citada, verifica-se que está previsto que somente deverá ser considerado inidôneo o documento fiscal que contiver irregularidade que o torne imprestável para o fim a que se destine.

No caso, se realmente ocorreu a indicação de preços inferiores por ocasião da aquisição das mercadorias, caberia ao Estado de origem (Espírito Santo) exigir do emitente o pagamento do imposto, haja vista que o fato gerador ocorreu naquele unidade da Federação. Por outro lado, o fato dos elementos constantes nos autos indicarem que realmente os preços estariam inferiores aos praticados, não haveria nenhum prejuízo para o fisco baiano, pois por ocasião das saídas das mercadorias o estabelecimento iria recolher o imposto utilizando-se do crédito fiscal destacado no documento fiscal.

Se analisada a questão em relação à discriminação das mercadorias, não há dúvida que o emitente do documento fiscal não obedeceu às disposições previstas na legislação tributária. Entendo que se a fiscalização tivesse tomado conhecimento da citada irregularidade no próprio estabelecimento, sem a discriminação das mercadorias no documento fiscal, esta ficaria impedida de cumprir o roteiro de fiscalização relativo a auditoria de estoques, sendo devido considerar inidônea a nota fiscal, ensejando, assim, a adoção do arbitramento da base de cálculo. Porém, considero que a irregularidade existente no documento fiscal não o torna imprestável para os fins a que se destina, pois com a descrição e as quantidades descritas no Termo de Apreensão é perfeitamente possível em futura fiscalização verificar a regularidade nas operações realizadas pelo estabelecimento adquirente.

Ante o exposto, voto IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

No compulsar dos autos, verifico que o levantamento de preços corrente no mercado consumidor foi efetuado no dia 12 de dezembro de 2004, conforme o documento de fl. 06, ao passo em que o Auto de Infração foi lavrado em 10 de dezembro de 2004, ou seja, dois dias antes.

Deste modo, constato que houve irregularidade na apuração da base de cálculo do imposto, não tendo como aferir na data da lavratura do presente Auto, de que modo o autuante encontrou o “quantum debeatur” do ICMS ora exigido.

Entendo que a irregularidade no procedimento fiscal fulmina de nulidade o lançamento em análise.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 934658-9/04, lavrado contra **RODOVIÁRIO RAMOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO DISCORDANTE