

A. I. N° - 934117-0
AUTUADO - CLAUDIMILSON PEREIRA RIBEIRO
AUTUANTE - CARLOS AUGUSTO REBELLO
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 15/05/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0163-03/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVANCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. A exigência fiscal foi imputada ao motorista que conduzia veículo de outro proprietário. Não há que se falar em responsabilidade por solidariedade atribuída a funcionário de empresa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/11/2004, reclama ICMS no valor de R\$3.424,59 com aplicação de multa de 100%, relativo à responsabilidade solidária do transportador por conduzir mercadorias desacompanhadas de documento fiscal.

Inconformado com a autuação, o defendente apresenta impugnação tempestiva, às fls. 17 a 19 do presente processo administrativo fiscal, argüindo preliminarmente que: não se encontra sob procedimento fiscal iniciado ou já instaurado para apurar fatos que se relacionem com a matéria, não está intimado a cumprir obrigação relativa ao fato exposto e que a autuação não foi objeto de decisão anterior, ainda não modificado ou litígio em que foi parte o interessado. Informa que o autuado tem como atividade principal única e exclusivamente o seu trabalho, como funcionário (motorista profissional) assalariado da Empresa GMF- Comércio e Representação Ltda, anexando documentação comprobatória. Declara que, no dia 11/11/2004, no exercício da sua atividade profissional, trafegava pelo canal de tráfego em Candeias- Ba, transportando mercadorias de propriedade da empresa Empresa Maratá Indústrias de Aguardentes Ltda. e Indústrias Alimentícias Maratá Ltda., para serem entregues a seus diversos clientes nos Municípios de São Sebastião do Passé, Candeias, Madre de Deus e Camaçari, conforme cópia das notas fiscais que se encontram acostadas ao PAF. Declara, que nesta data, a Fiscalização do Trânsito de Mercadorias da SEFAZ, fez a apreensão das mercadorias, ficando com as segundas vias das referidas notas fiscais, solicitando que o impugnante assinasse o Termo de Apreensão de Mercadorias de nº 123.063, sob a alegação de que as aludidas mercadorias estavam sendo conduzidas sem a devida documentação fiscal o que não condiz com a realidade dos fatos. Entende que o procedimento foi arbitrário, tendo em vista que o autuante deixou de considerar notas fiscais idôneas. Conclui, requerendo a improcedência da autuação.

O autuante, por sua vez, apresenta informação fiscal às fls. 65 e 66, argüindo que no dia 11/11/2004 pela manhã, interceptou no canal de tráfego de Candeias, o veículo placa-policia n° MTJ-1564, transportando mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 123.063. Argumenta, que as notas fiscais apresentadas pelo autuado e acostadas ao processo, são relativas à operação de comercialização anterior, realizada em 05/11/2004, e que o veículo não poderia levar 06 dias para se deslocar de Salvador até o referido local, aonde foi abordado, alertando que a distância entre o Município de Salvador e Candeias é de aproximadamente 55 km. Reproduz o artigo 39 do RICMS-BA, que trata de responsabilidade solidária. Conclui, requerendo a procedência da autuação.

Encaminhado para julgamento em 1ª Instância, o auto foi examinado pela 3ª JF, que deliberou pela diligência ao autuante (fl. 69), afim de que trouxesse aos autos os esclarecimentos necessários para obtenção da base de cálculo, que serviu de base para a lavratura do Auto de Infração, e que após a providência requerida, o autuado fosse intimado para tomar ciência do resultado, reabrindo-se o prazo para a defesa, no lapso prazal de 30 dias.

O autuante manifestou-se à fl. 71, informando que a base de cálculo que amparou a lavratura do Auto de Infração, consta das fls. 04 e 05 do presente PAF, sendo os valores fornecidos pelo autuado que desempenhava a função de motorista e vendedor, tendo o mesmo assinado as respectivas planilhas de cálculo na presença do sócio da empresa FMG - Comércio e Representações Ltda.

Em nova manifestação à fl 97, o autuado através do seu advogado devidamente autorizado, declara que no dia 11/11/2004, no exercício da sua atividade profissional, o impugnante trafegava pelo canal de tráfego em Candeias-Ba, transportando mercadorias de propriedade da Empresa Maratá Indústrias de Aguardentes Ltda. e Indústrias Alimentícias Maratá Ltda., para serem entregues a seus diversos clientes nos Municípios de São Sebastião do Passe, Candeias, Madre de Deus e Camaçari, conforme cópia das notas fiscais que se encontram acostadas ao PAF. Declara, que nesta data, a Fiscalização do Trânsito de Mercadorias da SEFAZ, fez a apreensão das mercadorias, ficando com as segundas vias das referidas notas fiscais, solicitando que o impugnante assinasse o Termo de Apreensão de Mercadorias de nº 123.063. Reafirma que as mercadorias estavam devidamente documentadas, e que o autuado exerce as funções de motorista profissional da empresa GMF- Comércio e Representação Ltda. Argüi que as notas fiscais estão devidamente escrituradas, e tinham destino certo, sendo devidamente entregues ao destinatário. Declara que não houve qualquer prejuízo ao Erário Público, quanto ao descumprimento de obrigação tributária principal e acessória. Entende, que o nascimento da exigência fiscal foi fruto de ilações do autuante, haja vista que a documentação fiscal estava revestida de todas as formalidade legais. Diz que o autuado foi intimado por “AR” em 20/01/06, pela IFMT- METRO, sobre a reabertura do prazo de defesa, não tendo, entretanto, ciência sobre o teor da decisão proferida pelo CONSEF e prazo para efetuar o pagamento ou apresentar a defesa até 22/02/06 ou 23/02/06, a depender do retorno do “AR” pelos Correios à repartição responsável pela intimação. Cita o teor do Auto de Infração e dispositivos dos artigos 201 I, 39 I e 42 IV “a” do RICMS-BA. Argüi preliminarmente a nulidade do Auto de Infração com suporte no artigo 5º II da Constituição Federal, que trata do princípio da legalidade, que o Decreto não tem força para impor obrigações aos administrados e que a instituição, extinção e a majoração ou redução de tributos, teriam que ser feitos por força de lei. Entende que também foi ferido o princípio da tipicidade cerrada, tendo em vista que o autuante não discriminou o correto enquadramento da infração. Por 2ª preliminar de nulidade, contesta a base de cálculo apurada pelo autuante, não sendo os demonstrativos acostados aos autos suficientes para esclarecer os valores encontrados como também as mercadorias que sofreram tributação pela alíquota de 25%, 2% e 17%. Por terceira preliminar de nulidade, aduz a ilegitimidade passiva do autuado, por não ser detentor das mercadorias apreendidas. Por fim, pede a 4ª preliminar de nulidade, citando o artigo 18 e seus incisos do RPAF, argumentando a falta de identificação com precisão da infração cometida, se houve a falta de documentação ou documentação inidônea. No mérito, declara que: as mercadorias estavam devidamente acobertadas por nota fiscal idônea, as notas fiscais foram escrituradas, não houve prejuízo para o Erário Público, as aludidas mercadorias foram entregues ao destinatário, a operação é legal e tem amparo jurídico, as empresas remetentes estão aptas no cadastro geral da SEFAZ-BA, e, finalmente, que o procedimento adotado pelo trânsito de mercadorias já foi por diversas vezes considerado nulo ou improcedente pelo CONSEF, citando julgamentos anteriores. Conclui, requerendo a nulidade ou improcedência do auto de infração e que seja ordenada a liberação das mercadorias.

VOTO

O auto de infração em lide foi lavrado para exigência do ICMS relativo à responsabilidade solidária do transportador, por conduzir mercadorias desacompanhadas de documento fiscal no valor de R\$3.424,59.

Sob a égide dos princípios do informalismo e da celeridade processual que regem o processo administrativo fiscal, inicialmente, analisaremos as preliminares de nulidade requeridas pela defendente, em que pese não terem sido argüidas no primeiro momento em que pudesse se manifestar nos autos, ou seja, na peça defensiva vestibular.

Quanto ao argumento de que a exigência fiscal fere o princípio da legalidade, entendo que o artigo 6º, III, “d” da Lei 7.014/96, sustenta a legalidade do ato efetivado pelo autuante, conforme reproduzimos abaixo:

“Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

III - os transportadores em relação às mercadorias:

d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;”

Portanto, não assiste razão ao autuado para o atendimento do seu pleito.

Com relação à segunda preliminar de nulidade, a base de cálculo apurada pelo autuante reflete a realidade fática estampada no lançamento de ofício, haja vista que um simples exame das notas fiscais apresentadas pelo defendente em cotejo com o documento elaborado pelo autuante às folhas 04 e 05, comprova que o valor unitário das mercadorias correspondem ao preço de venda a varejo no local da ocorrência, atendendo, portanto, ao estatuído nos artigos 937 e 938 do RICMS-BA, *in verbis*:

“Art. 937. A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes:

VII - transporte desacompanhado dos documentos fiscais ou acompanhado de documentação inidônea;

Art. 938. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:

V - na fiscalização do trânsito:

b) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:

1 - o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual da margem de valor adicionado (MVA) correspondente, de acordo com as alíneas "a" a "g" do inciso I; ou

2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;”

A terceira preliminar de nulidade, argüi a ilegitimidade passiva do autuado. Neste aspecto entendo que a atribuição de responsabilidade tributária ao motorista que conduzia o veículo não pode ser imputada, tendo em vista que o proprietário do veículo transportador é pessoa distinta do simples funcionário da empresa, caracterizando-se com isso, a ilegitimidade passiva do

autuado. Conforme verifico nas folhas 06 e 07 dos autos, o veículo transportador é de propriedade de Liddiane Pinto dos Santos, pessoa distinta do motorista Claudimilson Pereira Ribeiro, que não pode ser responsabilizado solidariamente pela exigência fiscal, objeto da presente autuação. O artigo 39 I “d” do RICMS, elenca as hipóteses de responsabilidade por solidariedade:

“Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

- a) que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação fiscal correspondente;*
- b) procedentes de outra unidade da Federação sem destinatário certo no território baiano;*
- c) que forem negociadas no território baiano durante o transporte;*
- d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;”*

Em face do exposto, concluo pela nulidade da autuação.

Por derradeiro, cumpre-nos analisar a 4ª preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, sobre a imprecisão da acusação que prejudicou o exercício do contraditório e da ampla defesa. Entendo, que restou perfeitamente compreensível para o autuado a acusação a ele imposta, pois foi exaustivamente combatida nas suas alegações defensivas e o próprio artigo 18 em seu parágrafo 1º, do RPAF, preleciona a impossibilidade de se decretar a nulidade na hipótese de incorreções ou omissões:

“Art. 18:

1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal.”

Portanto, considerando que uma das arguições de preliminar de nulidade do autuado, refere-se à ilegitimidade passiva, argumento acolhido, concluo pela NULIDADE do auto de infração.

Consoante disposto no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de incorreções.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 934117-0**, lavrado contra **CLAUDIMILSON PEREIRA RIBEIRO**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo da incorreção apresentada.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2006.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR