

PROCESSO - A. I. Nº 0936034440/07
RECORRENTE - ADVANILSON BASTOS REIS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0229-02/07
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 14/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0476-12/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Legitimidade da parte que postulou no processo. No mérito, restou provado nos autos que as notas fiscais que acobertavam as mercadorias apreendidas, foram emitidas antes do início da ação fiscal (art. 632, II, do RICMS/97). Modificada a Decisão recorrida. Recurso **CONHECIDO** e **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamentos Fiscal (2ª JF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$1.393,61, em razão de transporte de mercadorias sem documento fiscal.

Por meio de advogada regularmente constituída, a empresa Ponto Distribuidora de Alimentos Importação e Exportação Ltda., impugnou o lançamento, alegando que as mercadorias estavam acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 74985 a 75001, de sua emissão.

Na informação fiscal, o autuante afirmou que, no momento da ação fiscal, as mercadorias apreendidas estavam desacompanhadas de nota fiscal.

Por meio do Acórdão JF Nº 0229-02/07, o Auto de Infração foi julgado Procedente, sob o argumento de que não era possível estabelecer uma correlação entre as mercadorias apreendidas e as consignadas nas notas fiscais apresentadas na defesa.

O autuado, Advanilson Bastos Reis, foi notificado acerca do Acórdão JF Nº 0229-02/07.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JF, a empresa Ponto Distribuidora de Alimentos Importação e Exportação Ltda., por meio de advogada legalmente constituída, apresentou Recurso Voluntário, alegando que o Acórdão JF Nº 0229-02/07 merece ser reformado.

Alega o recorrente que as mercadorias apreendidas estavam acompanhadas das Notas Fiscais nºs 74985 a 75001, as quais foram emitidas às 07:00 horas do dia 08/05/07. Diz que, no momento da ação fiscal, uma parte das mercadorias já havia sido entregue aos destinatários. Sustenta que a primeira instância julgou o Auto de Infração sem se ater aos detalhes do procedimento fiscal. Assevera que havia mercadorias que já estavam com o ICMS pago por antecipação tributária. Frisa que o autuante não consignou o local da lavratura do Termo de Apreensão. Em seguida, o recorrente discorre acerca dos princípios da razoabilidade e da verdade material. Cita doutrina e jurisprudência, para embasar suas alegações.

Ao finalizar o seu Recurso Voluntário, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo, por estar em desacordo com os princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como pelo fato de não ter sido observadas formalidades essenciais para a existência regular do processo. Também solicita a improcedência do lançamento e a realização de diligência.

Ao exarar o Parecer de fls. 87 a 89, a ilustre representante da PGE/PROFIS, doutora Leila Von Söhsten Ramalho, procuradora do Estado, ressalta que, não obstante o Auto de Infração ter sido lavrado contra Advanilson Bastos Reis, na qualidade de transportador das mercadorias apreendidas, a Defesa e o Recurso Voluntário foram apresentados pela empresa Ponto Distribuidora de Alimentos Importação e Exportação Ltda.

Assevera a ilustre procuradora que o Recurso Voluntário não deve ser conhecido, uma vez que foi interposto por pessoa diversa do sujeito passivo. Para embasar essa sua assertiva, transcreve o disposto nos artigos 169, I, “b”, e 173, IV, todos do RPAF/99.

Referindo-se à Defesa, a ilustre procuradora afirma que tal peça foi equivocadamente recebida como se proviesse do sujeito passivo, de forma que a 2ª JF terminou por apreciar a impugnação não formulada pelo autuado. Ressalta que o julgamento realizado em tais condições é nulo, uma vez que teve como objeto uma defesa promovida por pessoa diversa do autuado.

Ao finalizar, a ilustre procuradora opina pelo Não Conhecimento do Recurso Voluntário e pela decretação, de ofício, da nulidade do Acórdão JF Nº 0229-02/07, bem como pela decretação da condição de revel do autuado. Ressalta que, caso seja acolhido o presente opinativo, deverá o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para análise dos documentos acostados na defesa e, sendo o caso, a interposição de uma eventual representação ao CONSEF.

VOTO VENCIDO (Quanto ao Mérito)

Antes de adentrar no mérito do Recurso Voluntário, faz-se necessário analisar a questão da admissibilidade do recurso que foi interposto, tendo em vista os opinativos das ilustres representantes da PGE/PROFIS.

Apesar de o Auto de Infração ter sido lavrado contra o senhor Advanilson Bastos Reis, motorista do veículo transportador das mercadorias apreendidas, o presente Recurso Voluntário foi interposto pela empresa Ponto Distribuidora de Alimentos Importação e Exportação Ltda.

Nos termos do disposto no artigo 4º do RPAF/99, *tem legitimidade para postular [em processo administrativo fiscal] todo aquele a quem a lei atribua responsabilidade pelo pagamento de crédito tributário ou cumprimento de obrigação acessória, ou que esteja submetido a exigência ou medida fiscal de qualquer espécie.*

Por seu turno, o disposto no art. 913, do RICMS-BA, prevê que *respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que tenham concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou que dela se tenham beneficiado.*

Com base no previsto nesses dois dispositivos regulamentares, considero que a empresa Ponto Distribuidora de Alimentos Importação e Exportação Ltda. possui legitimidade para postular no presente processo administrativo fiscal, pois era a remetente das mercadorias, foi quem ficou com a guarda das mercadorias e, além disso, tinha concorrido para a prática da infração e seria a beneficiária direta da irregularidade apurada.

Ademais, conforme foi bem salientado no parecer da PGE/PROFIS de fls. 93 a 95, a empresa Ponto Distribuidora de Alimentos Importação e Exportação Ltda. tinha interesse jurídico ou interesse de agir na interposição do presente recurso voluntário.

Uma vez ultrapassada a questão da admissibilidade do Recurso Voluntário, passo a apreciar os argumentos contidos no referido Recurso.

Inicialmente, afasto as alegações recursais pertinentes à falta de indicação do local da lavratura do Termo de Apreensão, pois esse fato não acarretou qualquer prejuízo ao pleno exercício do direito de defesa e, portanto, não é razão para a nulidade do procedimento fiscal. Do mesmo modo, observo que, na decisão recorrida, a 2ª JF considerou todos os detalhes do procedimento fiscal. Dessa forma, não vislumbro qualquer motivo para que se decrete a nulidade do Auto de Infração ou da decisão recorrida.

Indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos existentes no processo já são suficientes para o deslinde da questão.

No mérito, verifico que as peças processuais, especialmente o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, comprovam que as mercadorias arroladas na autuação, no momento da ação fiscal, foram encontradas transitando desacompanhadas da devida documentação fiscal. Assim, nos termos do § 2º do art. 911 do RICMS-BA, as referidas mercadorias estavam comprovadamente em situação irregular.

Prevê o disposto no § 5º do art. 911 do RICMS-BA que *o trânsito irregular de mercadorias não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal*. Portanto, a documentação fiscal apresentada quando da interposição da defesa, mesmo tendo sido emitida às 07:00 horas do dia 08/05/07, não se mostra capaz de elidir a infração. Ademais, como bem ressaltaram o relator da decisão recorrida e a representante da PGE/PROFIS, não é possível estabelecer uma correlação entre as mercadorias apreendidas e as discriminadas nas notas fiscais acostadas ao processo, apesar da coincidência de valores e quantidades.

Quanto à alegação recursal de que parte das mercadorias estava enquadrada no regime de substituição tributária, ressalto que não há como considerar que a fase de tributação dessas mercadorias estivesse encerrada, pois, no momento da ação fiscal, elas estavam comprovadamente desacompanhadas de nota fiscal.

Com base no acima comentado, considero que a infração está caracterizada e que as alegações trazidas na fase recursal não se mostram capazes de modificar a decisão recorrida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a decisão recorrida.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Mérito)

No que tange às questões preliminares suscitadas no presente PAF, em especial, a legitimidade da empresa Ponto Distribuidora de Alimentos Importação e Exportação Ltda. para ingressar com recurso voluntário, acompanhamos o sr. relator e a manifestação proferida pela Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia (fls. 93/95), representante da Procuradoria Estadual na sessão de julgamento. As mercadorias apesar de se encontrarem na posse do transportador, no momento da ação fiscal, foram entregues pela Administração ao remetente das mesmas, conforme indica o documento que serviu de base para a apuração do imposto, denominado de “espelho de entrega”, anexado às fls. 5/8 dos autos, configurando-se assim, o vínculo material com a causa e, em decorrência, o interesse processual da parte postulante.

Superadas questões acima enumeradas, passo então ao exame de mérito. Nesse ponto, pedimos *venia* para divergir do sr. relator, pois, após análise do conjunto probatório existente no processo, estou convencido que não subsiste a acusação fiscal. Vejamos, então, as razões que fundamentam o nosso convencimento.

Primeiramente, chamou-nos a atenção que entre a lavratura do Termo de Apreensão e a lavratura do Auto de Infração houve o transcurso de apenas 15 minutos, conforme indicado nos campos próprios da peças processuais em exame. O Termo de Apreensão foi formalizado às 14h35min, do dia 08 de maio de 2005 e o Auto de Infração, modelo 2, às 14h50min, do mesmo dia. Essa observação faz-se necessária, pois no recurso essa questão foi suscitada pelo sujeito passivo.

Ademais, o documento que serviu de base para a apuração do imposto, inclusive quanto à quantificação da base de cálculo, denominado de “espelho de entrega”, especificava todas as notas fiscais que acobertavam a carga apreendida pela fiscalização. Estas notas fiscais foram trazidas aos autos, indicando que a emissão das mesmas se deu em momento anterior à ação fiscal, com quantidades de mercadorias exatamente coincidentes com as especificadas no Termo lavrado pela fiscalização e no “espelho de entrega”. O contribuinte, desde a defesa, vem afirmando, sem contestação do fiscal autuante, que parte das mercadorias já haviam sido

entregues aos adquirentes e que outra parte se encontrava devidamente acobertada com a documentação fiscal, e que essas provas que não foram aceitas pelo preposto fiscal. Importante registrar, que na informação fiscal prestada, e isso é relevante, o autuante não rebateu nenhuma das alegações firmadas pelo sujeito passivo, quanto à matéria fática e documental articulada na impugnação, em especial, as notas fiscais, em 2ª via, com a declaração de entrega das mercadorias.

Diante disso, há que se ponderar se a acusação descreveu com fidelidade o que de fato aconteceu no caso em exame. Não podemos deixar de registrar que na conclusão de uma ação fiscal, ainda que no trânsito de mercadorias, a descrição do fato infracional deve ser sobejamente ou demasiadamente detalhado para que não fique qualquer margem de dúvida quanto à ocorrência do ilícito fiscal e à identificação da respectiva autoria.

Outro aspecto importante, que deve ser ressaltado, é que todas as mercadorias apreendidas, sem exceção, são enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo destaque de ICMS nas notas fiscais, de forma a não existir possibilidade de apropriação indevida de créditos fiscais pelos adquirentes.

Mais recomendável, neste caso, que a Administração Tributária, junto ao contribuinte ora autuado, desenvolva outras ações fiscais, em especial no que se refere aos estoques e aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, visando verificar se o imposto foi efetivamente recolhido nas entradas.

Assim, ante o conjunto probatório apresentado na defesa e no Recurso Voluntário, estou convencido que as notas fiscais que acobertavam as mercadorias apreendidas foram emitidas antes do início da ação fiscal (art. 632, II, do RICMS/97).

Assim, diante do acima exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 0936034440/07, lavrado contra **ADVANILSON BASTOS REIS**.

Quanto à admissibilidade

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Márcio Medeiros Bastos, Fauze Midlej, Nelson Antônio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO - Conselheiro: Helcônio de Souza Almeida.

Quanto ao Mérito

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Tolstoi Seara Nolasco, Márcio Medeiros Bastos, Fauze Midlej e Nelson Antônio Daiha Filho.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira e Helcônio de Souza Almeida.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS