

PROCESSO - A. I. Nº 281521.0145/07-2
RECORRENTE - COMERCIAL DE FRUTAS LÍDER LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0176-02/08
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 11/12/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0374-12/08

EMENTA: ICMS. ENTREGA DE MERCADORIAS A DESTINATÁRIO DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Alterada a Decisão de primeira instância. Carece de nulidade a infração imputada ao autuado, especialmente porque a mercadoria não se encontrava no seu estabelecimento no momento da apreensão, mas sim no veículo transportado pelo motorista. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 15/12/2007, para exigir ICMS no valor de R\$2.146,47, acrescido de multa de 100%, em decorrência da entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal.

No campo da “Descrição dos fatos” é indicado que foi constatada a entrega das mercadorias em local diverso do indicado na Nota Fiscal nº 021902, emitida pela Rigesa da Bahia S/A, localizada em Feira de Santana, tendo como destinatário o autuado, localizado em Salvador, que autorizou a entrega na Fazenda São Camilo, no município de São Felix Coribe, Sudoeste da Bahia, sendo a mercadoria apreendida em Juazeiro-Bahia, região norte, onde faria a entrega.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 12 a 16, alegando que houve um erro do emitente da nota fiscal, uma vez que a mercadoria deveria ser mesmo entregue na cidade de Juazeiro.

Reconheceu o equívoco na emissão do documento fiscal, em relação ao local da entrega da mercadoria, conforme declaração do emitente, entendendo que não pode ser penalizado por erro do emitente.

Aduziu que não houve má-fé, acostando cópia de outras notas fiscais para comprovar que já ocorreram outras aquisições para entrega na cidade de Juazeiro.

Ao final, requereu a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fl. 21 a 42, o auditor autuante destacou que identificou no Posto Fiscal Fernando Presídio, o veículo placa JMH-6244 com autorização do autuado para entregar em Juazeiro (região norte da Bahia) uma carga no valor de R\$12.626,34, referente a 9.942 caixas de papelão. No entanto, a Nota Fiscal nº 21.902 que acompanhava consta que a mercadoria seria entregue na Fazenda São Camilo, no Município de São Felix do Coribe (Sudoeste da Bahia).

Aduziu que lavrou o Auto de Infração com fundamento no artigo 201, § 6º do RICMS que estabelece: Entrega de mercadoria em local ou usuário diverso do indicado no documento fiscal e as “as chamadas – Cartas de Correção” – serão apenas admitidas quando não implicarem em mudança completa dos dados do estabelecimento destinatário.

Através do Acórdão JF nº 0176-02/08, decidiu a 2ª Junta de Julgamento pela procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado pela Fiscalização de Trânsito, sob a alegação da entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal.

Em sua defesa o autuado alega que houve erro do emitente acostado à folha 28 uma Carta de Correção, aduzindo que não pode ser penalizada por erro de terceiro.

Na presente lide não resta dúvida quanto ao fato de que a mercadoria seria entregue em local diverso do indicado no documento fiscal.

Na nota fiscal que acobertava a circulação das mercadorias, acostada aos autos à folha 07, consta que a mercadoria seria entregue na Rod. BR 343, Km 47 Fazenda São Camilo, São Felix do Coribe – BA. Entretanto, no momento da apreensão a mercadoria estava na cidade de Juazeiro, embora o emitente fosse da cidade de Feira de Santana. Portanto, totalmente fora de roteiro.

O RICMS/BA estabelece no § 6º do artigo 201 que as chamadas 'cartas de correção' apenas serão admitidas quando o erro na emissão do documento fiscal não esteja relacionado com a correção de dados cadastrais que implique mudança do remetente ou do destinatário. No presente caso, entendo que houve mudança no destinatário, uma vez que consta na citada carta que a mercadoria deveria ser entregue na 'cooperativa Agrícola de Juazeiro Bahia Resp. Ltda.', localizada em Juazeiro – Bahia.

O argumento defensivo de que não pode ser responsabilizado por erro do emitente da nota fiscal, não pode ser aceito, pois a responsabilidade tributária tem caráter objevo, sendo o detentor da mercadoria encontrada em situação irregular o responsável pelo pagamento do ICMS correspondente, conforme estabelecido no artigo 39, inciso V do RICMS em vigor, in verbis:

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

[...]

V - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea';”.

O autuado interpõe Recurso Voluntário, tecendo, inicialmente, considerações acerca dos fatos ocorridos no presente processo administrativo fiscal. Posteriormente, invoca os seguintes argumentos para fundamentar o seu apelo:

- a) inexistente o fato típico objeto de autuação, o que afronta o princípio da tipicidade, à luz do art. 112, do Código Tributário Nacional: as declarações prestadas pelo agente fiscal autuante bem como nas razões do voto proferido em primeira instância demonstram que a mercadoria que era transportada sequer ingressou na cidade de Juazeiro, não tendo havido, portanto, por parte do recorrente, a prática de qualquer ato que ensejasse a lavratura do Auto de Infração em seu desfavor, mormente porque a entrega da mercadoria não ocorreu;
- b) o documento fiscal que deu azo à autuação é idôneo: a mercadoria estava perfeitamente acobertada por documento fiscal obrigatório, tendo sido, inclusive, recolhido o imposto concernente ao fato gerador em questão, como reconheceu o próprio autuante;
- c) ocorreu mero erro material, sanável, tratando-se de culpa de terceiro, qual seja, o remetente das mercadorias: as mercadorias, de fato, deveriam ser entregues na cidade de Juazeiro, tratando-se, pois, de mero erro material no preenchimento do documento fiscal, fato provado através das declarações fornecidas pela própria empresa emissora da Nota Fiscal nº 021902;
- d) ocorreu o pagamento do tributo, ensejando a repetição de indébito, na hipótese de manutenção da procedência da autuação: o *a quo* incorre em equívoco, visto que, além de lançar cobrança

indevida de multa, ainda repete a cobrança de valor já pago aos cofres públicos, a título de imposto, o que enseja a restituição do valor cobrado em duplicidade.

Ao final, propugna pela Improcedência do Auto de Infração.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, emite Parecer acerca da matéria, através do qual esclarece, inicialmente, que a autuação se deu durante o percurso do veículo, quando este passava pelo Posto Fiscal Fernando Presídio, razão pela qual as mercadorias objeto de autuação, conquanto estivessem fora da rota do Município de destino, ainda não tinham sido efetivamente entregues ao destinatário, denotando a falta de legitimidade do destinatário para figurar no pólo passivo da presente demanda. Transcreve decisões proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF nessa diretiva. Acrescenta que não se pode atribuir ao destinatário a responsabilidade solidária prevista no art. 39 do RICMS vigente, como manifestado pelo ilustre relator da Decisão *a quo*, pois no momento da autuação a destinatária não estava de posse das mercadorias e sim o transportador. Recomenda a lavratura de novo Auto de Infração, desta feita contra o transportador da mercadoria, responsável solidário nos moldes do art. 6º, da Lei nº 7014/96. Ao final, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário para que seja julgado nulo o Auto de Infração.

Através de Despacho, os Drs. Sylvia Amoêdo Cavalcante e José Augusto Martins Júnior, este último procurador assistente da PGE/PROFIS, ratificam o opinativo exarado anteriormente, ressaltando, ainda, que o presente Auto de Infração foi assinado pelo motorista do caminhão que transportava a mercadoria, o qual era de propriedade de terceira pessoa, como se depreende da leitura do documento de fl. 08.

VOTO

Merece reparos a Decisão recorrida.

Isso porque, no curso da instrução processual, em face do prova documental carreada aos autos, restou demonstrado que as mercadorias objeto de autuação se encontravam em trânsito, a caminho da cidade de Juazeiro, no momento em que foram apreendidas no Posto Fiscal Fernando Presídio.

Ora, é de fácil constatação, portanto, que as mercadorias ainda não tinham sido efetivamente entregues ao destinatário, posto que retidas no Posto Fiscal acima informado.

Nesse sentido, impende salientar que o Auto de Infração e o Termo de Apreensão, ambos documentos acostados aos autos, foram subscritos pelo motorista do veículo em que se encontrava a carga – Sr. Marcos Luis Macedo dos Santos – cuja identificação está latente no documento inserto à fl. 08, dos presentes fôlios processuais.

Outrossim, faz-se mister destacar que a propriedade do veículo em que a mercadoria estava sendo transportada é de titularidade de terceiros, não podendo ser imputada à destinatária das mercadorias.

Daí porque, na forma como se apresenta, carece de nulidade a infração imputada ao autuado, especialmente porque a mercadoria não se encontrava no seu estabelecimento no momento da apreensão, mas sim no veículo transportado pelo motorista.

Ex positis, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado para julgar NULO o presente Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Em que pesem as razões proferidas pelo ilustre relator, Nelson Antonio Dahia Filho, ousou divergir do entendimento acima externado, por entender que no presente caso não se trata de

nulidade, em decorrência da insegurança da infração, mas sim de improcedência do Auto de Infração.

O presente lançamento de ofício teve como origem a acusação de ter sido constatada a entrega das mercadorias em local diverso do indicado na Nota Fiscal nº 021902, emitida pela Rigesa da Bahia S/A, localizada em Feira de Santana, tendo como destinatário o autuado, localizado em Salvador, que autorizou a entrega na Fazenda São Camilo, no município de São Felix Coribe, Sudoeste da Bahia, sendo a mercadoria apreendida em Juazeiro-Bahia, região norte, onde faria a entrega.

Observo que o auto de infração foi lavrado no posto fiscal próximo a cidade de Juazeiro/BA, e por ser distante do local indicado para fazer a entrega das mercadorias, o auditor fiscal aplicou a penalidade descrita à fl. 1.

Diante de tais circunstâncias, ao meu sentir não há qualquer infração a ser imputada ao recorrente, isto porque a documentação que acompanhava a mercadoria transportada encontrava-se correta, além disso, não poderia o recorrente acusar o recorrente de ter entregue mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal, uma vez que a mercadoria encontrava-se em trânsito.

No tocante à aplicação das penalidades no direito tributário, é de sabença notória que a mesma só poderá ser aplicada quando o contribuinte estiver, de fato, cometendo alguma infração legal, não podendo ser através de uma mera possibilidade.

Ressalte-se, ainda, que a acusação que foi imputada ao Recorrente é de essência da fiscalização no trânsito, ou seja, sendo ultrapassado o estado flagrancial, não haverá como se imputar esta infração, ou refazer o Auto de Infração, salvo de falhas.

Desta forma, entendo que o caso em análise não seja de nulidade, mas sim de improcedência do lançamento.

Do exposto, voto no sentido de dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

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 **NULO** o Auto de Infração nº 281521.0145/07-2, lavrado contra **COMERCIAL DE FRUTAS LÍDER LTDA**.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros (as): Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Mônica Maria Roters e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiros: Márcio Medeiros Bastos e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS