

A. I. Nº - 019803.0063/07-5
AUTUADO - DEC CONAR DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - LUCIENE MENDES DA SILVA PIRES
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 02.04.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-04/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. **a)** CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo foi constituída com base no excesso de peso da carga, sem identificar quais mercadorias estavam sendo transportadas sem documento fiscal correspondente. **b)** ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DESTINATÁRIO. Tendo sido constatado excesso de peso de carga, não pode ser atribuída ao destinatário das mercadorias a responsabilidade pelo pagamento do imposto, face à inexistência de prova de que as mercadorias transportadas sem documentação fiscal eram de sua propriedade. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/06/07, exige ICMS no valor de R\$1.910,29, acrescido de multa de 100% em decorrência de transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

O autuado na defesa apresentada à fl. 18, diz que a autuante baseou-se numa suposta omissão da existência de mercadorias, acobertadas, levando em conta divergência entre o peso do veículo, de propriedade de terceiros e não da peticionaria que é a destinatária das mercadorias indicada nas notas fiscais emitidas pelo remetente.

Destaca que foi capitulado como infringido o art. 201, I do RICMS/BA e tipificada multa prevista no art. 42, IV da Lei nº 7.014/96, que transcreveu à fl. 18, alegando que o preposto fiscal não constatou a inexistência de mercadorias nesta situação e sim, uma suposta falta decorrente do peso declarado, cuja responsabilidade não cabe a peticionaria e sim ao remetente, e por solidariedade ao transportador.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A informação fiscal foi prestada com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, pelo Auditor Silvio Chiarot Souza (fls. 22 e 23), que preliminarmente discorre sobre o Auto de Infração e alegações defensivas e diz que o veículo que transportava as mercadorias destinadas ao autuado, foi pesado no Posto Fiscal Jaime Baleeiro, sendo constatado que parte das mercadorias estavam desacompanhadas de documentação fiscal. Relata os argumentos da defesa explicando que foi lavrado Termo de Conferência em que se demonstra as diferenças resultantes do peso apurado na balança, subtraído do peso anotado nas notas fiscais mais a tara do veículo, totalizando diferença de 3.392 Kgs, o que foi considerado como mercadoria sem documentação fiscal.

Pondera ainda que, na conclusão da ação fiscal, na sua formalização, alguns procedimentos essenciais deixaram de ser observados:

- a) Primeiro, teria sido necessário identificar as mercadorias, presumivelmente, sem notas fiscais a fim de determinar a base de cálculo;
- b) Segundo, deveria haver a inescapável identificação do sujeito passivo.

Conclui que a ação fiscal fica prejudicada, por não identificar a formação da base de cálculo, além da não apuração das mercadorias que estavam sendo transportadas desacompanhadas de documento fiscal, nem a responsabilidade do autuado ficou configurada.

Por fim, diz que embora o autuado tenha requerido a improcedência da autuação, deveria pedir a sua nulidade, tendo em vista que não houve perfeita identificação do sujeito passivo nos termos do art. 18, IV do RPAF, e que o mesmo deveria ter sido lavrado contra o transportador, responsável solidário nos termos do art. 39, I, “d” do RICMS/BA.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo a mercadorias apreendidas que estavam sendo transportadas sem documento fiscal.

Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que:

- 1) Conforme Termo de Apreensão das mercadorias à fl. 05, foram apreendidas 701 caixas de mercadorias “outras”, marca “Divs tipos de Cr. tratamento p/cabelo CX 61”;
- 2) O Demonstrativo de Débito (fl. 3) indica base de cálculo de R\$11.237,03 o que equivale a preço de R\$16,03 por caixa;
- 3) As notas fiscais de nºs 12203 e 12205 consignam aquisição de diversos tipos de CR. TRAT. e CR ALISANTE, com preços de caixas que variam de R\$13,80 a R\$37,44;
- 4) O Termo de Conferência à fl. 9, consta que ao realizar a pesagem do caminhão que transportava as mercadorias com destino ao estabelecimento autuado, foi apurado pela fiscalização um total de 3.392 kg que excedia ao indicado nas notas fiscais que totalizava 19.378 kg.

Na defesa apresentada o autuado alegou que a fiscalização não constatou a inexistência de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal e sim de diferença de peso, argumentando que neste caso deveria ser exigido o imposto do remetente ou do transportador como responsável solidário.

Pelo exposto acima, verifico que a fiscalização tendo constatado peso da carga em quantidade superior a que constava nas notas fiscais que acobertavam as mercadorias que estavam sendo transportadas, exigiu o ICMS relativo ao excesso de peso do estabelecimento destinatário. Em primeiro lugar, observo que o excesso de peso apurado pela fiscalização constitui um indicio de que estavam sendo transportadas mercadorias além das que constavam nas notas fiscais que foi apresentada no momento da ação fiscal. Entretanto, o preposto fiscal diante desta constatação deveria conferir a carga com as mercadorias relacionadas nas notas fiscais e identificar quais mercadorias estavam sendo conduzidas sem documentação fiscal correspondente e exigir o imposto relativo àquelas mercadorias.

Conforme Súmula nº 1 do CONSEF, para se determinar a base de cálculo a salvo de imperfeições, é indispensável que se demonstre de forma clara e compreensiva, apontando o critério ou método adotado pelo Fisco, para mensurar o fato tributário impositivo, em obediência aos princípios da legalidade e da verdade material. Na situação presente, ficou indeterminado quais mercadorias estavam sendo conduzidas sem nota fiscal, e não pode ser atribuído uma quantidade de 701 caixas, bem como um valor unitário de R\$16,03 por caixa, se não se sabe qual produto estava sendo transportado desacompanhado de nota fiscal, o que dificulta a apresentação de defesa em relação ao que foi acusado por parte do defendente e configura cerceamento do seu direito de defesa. Por isso deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração por incerteza na constituição da base de cálculo.

Por outro lado, verifico que conforme indicado no Termo de Apreensão e Ocorrências (fl. 5), as “mercadorias” foram apreendidas no KM 17 da BR 122, tendo como remetente indicado nas notas fiscais que davam suporte ao trânsito das mesmas, a Distribuidora Nebrasca Ltda situada no Estado de São Paulo e destinadas a Dec Conar Distribuidora Ltda., localizada em Guanambi.BA. Como a acusação é de que estavam sendo transportadas mercadorias desacompanhadas de notas

fiscais, e tendo sido constatado o “excesso de peso” antes de terem sido entregues ao destinatário, não se pode ter certeza de que o recorrente seja o real proprietário das mercadorias, figurando nesta relação jurídica como sujeito passivo.

Neste caso, constatada a existência de excesso de peso, deveriam ser identificadas quais mercadorias estavam sendo conduzidas sem documentação fiscal correspondente e se comprovado que eram de propriedade do remetente, o imposto deveria ser exigido dele e a contrario sensu, deveria ter sido exigido do transportador na condição de responsável solidário, conforme admitiu o auditor que prestou a informação (art. 39, I, “d” do RICMS/BA), em conformidade com a Lei Complementar nº 87/96, que dispõe, em seu art. 5º, que a lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte, quando os atos ou omissões deste concorrerem para o não-recolhimento do tributo. Este entendimento já foi manifestado nas decisões contidas nos Acórdãos CJF 0087/99, 0177/00, 1081/00, 1092/00, 1399/00, 1621/00, 1767/00, 0157/01 e 2054-11/01, conforme Súmula nº 3 do CONSEF.

Dessa forma, também declaro nulo o presente lançamento, face à inexistência de comprovação da responsabilidade do autuado na condição de destinatário das mercadorias que estavam sendo transportadas sem nota fiscal correspondente, por ilegitimidade passiva.

Assim sendo, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **019803.0063/07-5**, lavrado contra **DEC CONAR DISTRIBUIDORA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR