

A. I. N° - 054829.0033/07-8
AUTUADO - CONSEL GESTÃO DE TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO ARAÚJO CAMPOS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 19.06.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0172-04/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. REUTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não restou comprovada a ocorrência de fraude, necessária para caracterizar a infração apontada na inicial. Infração elidida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime quanto à preliminar de nulidade e unânime quanto ao mérito. Vencido o voto do relator quanto à nulidade argüida.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/12/2007, exige ICMS no valor de R\$ 10.259,50, acrescido da multa de 100%, em decorrência do transporte de 750 caixas de café pilão 250 gramas; 500 caixas de café união 250 gramas, mercadorias constantes na nota fiscal 01898, datada de 29.11.2007, que se encontravam em trânsito no veículo placa policial BPB 4730 e cujo documento foi considerado pelo preposto fiscal como reutilizado para acobertar mais de uma operação.

O Termo de Apreensão e Ocorrências n° 054829.0026/07-1 (fls. 06/07) confirma que a ação fiscal se refere aos itens escritos acima e que as mercadorias apreendidas ficariam sob a guarda e responsabilidade inicialmente da IFMT METRO.

O sujeito passivo apresentou suas razões de defesa às fls. 39 a 41, alegando em sede de preliminar as impropriedades processuais cometidas pela autuação acerca dos direitos e garantias assegurados aos contribuintes, notadamente a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88). Transcreve os incisos I a X, art. 39 do Regulamento do Processo Fiscal (RPAF BA), afirmando tratar-se de regras de regência do contraditório fiscal a conferir o direito a essa ampla defesa posto que não havendo descrição clara e precisa dos fatos tidos como infração, não há que se falar em exercício de defesa.

Insiste que a defesa só poderá ser exercida com a necessária segurança, não se prestando a tal mister colocações genéricas a variar conforme variem os argumentos defensivos, por isso a tipicidade é requisito imperativo, sob pena de nulidade. Tampouco se pode conceber omissões ou equívocos na capitulação legal da infração e da penalidade, sob pena de nulidade do auto de infração. Não havendo infração sem dispositivo legal infringido, nem penalidade sem disposição legal que a comine. Diz que essa corte vem decretando a nulidade de todos os processos onde não se estabeleça de forma clara e precisa a indispensável correspondência entre infração e a acusação, ou onde haja erro na capitulação da infração.

No mérito, questiona evidenciada pela documentação acostada aos autos e declaração feita pelo destinatário das mercadorias que a situação deveu-se a falta de espaço no seu armazém, implicando não recebimento das mercadorias no primeiro momento. Além disso, tal operação não se encontra mais no campo de tributação do ICMS, uma vez que as mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária, conforme indica o CFOP 5403 da nota fiscal.

Conclui, salientando que a autuação carece de fundamentos de fato e de direito e deve ser considerada nula porque eivada de vícios. Reitera que o contribuinte não pode ser apenado injustamente, sendo cobrado por algo indevido e não provendo o Estado um enriquecimento ilícito.

O autuante apresenta Informação Fiscal (fls. 53/55) ressaltando que a ação fiscal se deu no dia 10.12.2007, quando em trânsito pela Estrada do Coco, Lauro de Freitas, interceptou o caminhão baú BPB 4730, contendo as mercadorias já anteriormente discriminadas, acobertada com nota fiscal 001898, emitida por Sara Lee Cafés do Brasil Ltda (51.345.327) e destinada à Lutan Distribuidora de Alimentos Ltda. (57.879.392). Alega que a data de emissão e de saída da nota fiscal era 29.11.2000, não podendo ser encontrada no trânsito em 10/12/2007. Ainda porque o trajeto entre as duas empresas é de apenas quinze minutos. O Conhecimento de Transporte 15012 foi emitido em 30/11/2007 e o motorista constante no documento era diverso do motorista presente no momento da ação fiscal.

Assevera que a impugnação efetuada pelo autuado não comporta nenhum elemento novo capaz de macular a autuação. Discorre o autuado sobre direitos individuais assegurados na Carta Magna, mas, em nenhum momento houve cerceamento do direito de defesa. Igualmente, se reporta ao mesmo dispositivo legal anunciado pelo autuado - incisos I a X, art. 39 do Regulamento do Processo Fiscal (RPAF BA) – para dizer que os dispositivos infringidos referem-se aos artigos 209, VI; 911 e 913, RICMS BA e multa capitulada na Lei nº 7.014/96 (art. 42, IV “d”).

Aduz que não devem ser aceitos os argumentos do autuado de que os dispositivos citados no auto de infração estão desordenados e sem guardar sequência lógica. Sobre a alegação de que as mercadorias, objeto da autuação, já se encontram com o ICMS pago por substituição tributária somente poderia prosperar se a nota fiscal fosse idônea, não sendo este o caso. Afirma que a declaração do destinatário das mercadorias, anexada à fl. 42, não tem amparo legal.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE

O Auto de Infração em lide trata do lançamento do ICMS em decorrência da fiscalização de trânsito de mercadorias ter constatado a realização de operação acompanhada por documentação fiscal considerada como inidônea, tendo em vista que as mercadorias constantes na nota fiscal 01898, datada de 29.11.2007 (fl. 08), se encontravam em trânsito no veículo placa policial BPB 4730, no dia da autuação, 10.12.2007, portanto, 11 dias após a emissão do documento fiscal, e assim, entendeu o preposto fiscal tratar-se de reutilização a fim de acobertar mais de uma operação.

As mercadorias apreendidas encontram-se descritas no competente Termo de Apreensão e Ocorrências nº 054829.0026/07-1 (fls. 06/07), 750 caixas de café pilão 250 gramas; 500 caixas de café união 250 gramas, inicialmente, sob guarda e responsabilidade da IFMT METRO. Lavrado o auto de infração, foi autorizada a transferência ficando como fiel depositária o próprio remetente das mercadorias (fl. 24).

De fato, há nesse auto de infração vícios graves. O primeiro se refere ao enquadramento inadequado da infração cometida pelo autuado, refletindo na dificuldade de ampla defesa como questionada pelo sujeito passivo, conforme melhor analisaremos em seguida. Além disso, não me parece que unicamente o lapso temporal existente entre as datas de emissão da nota fiscal, conhecimento de transporte (fl. 14) e sua efetiva circulação, nesse caso concreto, seja elemento suficiente e capaz de determinar a desclassificação do documento fiscal. Não constatei nos autos qualquer outra evidência que pudesse direcionar para essa conclusão, em contrário, não obstante as convenções particulares não terem o condão de fazer oposição a Fazenda Pública, uma declaração do destinatário das mercadorias explica a falta de espaço no seu armazém como causa do atraso de 10 dias no envio da mercadoria. Tal circunstância, não me pareceu irrazoável a ponto de autorizar a inidoneidade do documento, nos termos do art. 209, RICMS BA.

Com efeito, a legislação tributária estabelece que, em se tratando de operação de circulação de mercadoria sem nota fiscal ou com nota fiscal inidônea, não importa saber quando e por quem foram as mercadorias enviadas ou a quem seja destinada e sim, na posse de quem se encontravam. Desta forma, o RICMS/97, art. 39, de acordo com a previsão contida no art. 6º da Lei

nº 7.014/96 estabelece serem as transportadoras responsáveis por solidariedade, além de todo aquele que detiver mercadorias em situação irregular, conforme transcrevo em seguida:

“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:

[...]

d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhada de documentação fiscal inidônea; 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.

§ 4º O responsável por solidariedade sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária, ressalvado, quanto ao síndico e ao comissário, o disposto no parágrafo único do art. 134 do Código Tributário Nacional.”

Nesse contexto, o autuado era quem de fato tinha a posse das mercadorias e quem se encontrava em trânsito em situação tida como irregular. Portanto, essa seria a imputação tributária que deveria ser atribuída ao transportador, no caso em tela. Em não o fazendo, o auditor não somente deixou de mencionar o dispositivo correto infringido, mas, sobretudo, deixou de efetuar a fiel descrição dos fatos que pudesse evidenciar o enquadramento legal, a teor do art. 19, RPAF.

Ora, a infração cometida pela transportadora, em existindo, nesse caso, na qualidade de sujeito passivo indireto por responsabilidade solidária, por expressa disposição legal (art. 124, CTN; art. 39, RICMS BA) deveria ser *transporte de mercadoria com documentação fiscal inidônea* e não *utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operações ou prestação* como indicado no auto de infração (fl. 01).

Em realidade, no direito tributário, toda a dívida será solidária, desde que alcance duas ou mais pessoas, como consequência do fato que dá origem à respectiva obrigação. Assim, toda dívida que alcance duas ou mais pessoas é solidária, salvo disposição de lei em contrário. Inversamente, a presunção da solidariedade é a regra na relação tributária, caso a lei silencie. A solidariedade de direito (art. 124, II, CTN) é a decorrente de expressa previsão da lei instituidora do tributo. Diante do caráter necessariamente oneroso que se reveste para o sujeito passivo, a solidariedade de direito se dá apenas para os casos expressos, em que a lei relaciona os responsáveis tributários. Este é o caso dos transportadores em relação às mercadorias que aceitarem para transportar, conforme permissivo da Lei nº 7.014/96 (art. 6º, III, d).

Nestas circunstâncias, resta provado que a infração querida pelo autuante não poderia ser atribuída ao transportador, tendo em vista que se alguém utilizou documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação haveria de ser o remetente ou o destinatário. A possibilidade da cobrança do tributo, caso devido, contra o transportador deveria ter infração apontada para a responsabilidade solidária legal com fundamento no artigo art. 6º, III, “d”, Lei nº 7.014/96 e art. 39, inciso I, alínea “d” do RICMS/97, ao estabelecer que as transportadoras são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devidos pelo contribuinte de direito, ao aceitarem para transporte mercadorias acompanhadas de documentação fiscal em desacordo com a mesma ou acompanhada de documento fiscal inidôneo.

Nesta situação, entendo que a indicação errônea do ato praticado pelo autuado interveio e o prejudicou na formulação ampla do contraditório fiscal, contendo o lançamento falhas insanáveis e em ofensa ao art.18, RPAF/99, II.

“Art. 18. São nulos:

a) II – os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;”

Desta forma, voto pela nulidade da ação fiscal, com base no dispositivo regulamentar acima transcrito, recomendando à autoridade fazendária que examine se existe elementos que possibilitem a renovação do procedimento, como determina o artigo 156, do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE

Inicialmente cabe a apreciação das preliminares de nulidade argüidas pelo sujeito passivo, que questiona o enquadramento inadequado da infração, o que teria dificultado o exercício da ampla defesa.

Não concordo com o argumento defensivo, haja vista que a descrição do fato considerado infração encontra-se descrita de maneira clara, precisa e sucinta, e o lançamento obedece aos ditames do art. 39 do RPAF/99. Outrossim, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, *ex vi* art. 19 do mesmo diploma legal, e o sujeito passivo pode exercer o seu direito de defesa, não lhe acarretando nenhum prejuízo processual.

Face o exposto, não acato a nulidade argüida para apreciação do mérito.

VOTO QUANTO AO MÉRITO

Superadas as questões trazidas em sede de inicial e em homenagem ao parágrafo único, art. 154, RPAF, estabelecendo que o julgador ou conselheiro não ficará eximido de votar a matéria principal, uma vez vencido na preliminar levantada, passo a examinar as questões de mérito.

A acusação fiscal versa sobre o transporte de mercadorias, 750 caixas de café Pilão 250 gramas; 500 caixas de café União 250 gramas, constantes da nota fiscal nº 01898, emitida em 29/11/2007, cujo documento foi considerado como sendo reutilizado para acobertar mais de uma operação. Em decorrência dessa suposição, a nota fiscal que acompanhava as mercadorias foi desclassificada e exigido o ICMS do transportador.

De fato, consoante o art. 6, III “d” da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores, em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea. Logo, o transportador, em casos tais, é responsável solidário, e responde pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, pois atribuída por lei a sua responsabilidade.

Mas, na presente situação, de fato, esta nota fiscal que acompanhava as mercadorias era inidônea, e teria sido reutilizada para acobertar mais de uma operação?

A Lei nº 7.014/96 remete no art. 40, § 3º a definição de documento inidôneo ao regulamento e este no art. 209, estabelece as hipóteses em que o documento fiscal é considerado inidôneo, fazendo prova em favor do fisco. Deste modo, no inciso VI daquele dispositivo, encontramos a adequação à presente acusação, qual seja: “embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude”.

Logo, a condição necessária e estabelecida no regulamento é que haja comprovação de fraude, logicamente pois a fraude não se presume, mas precisa estar provada nos autos, cabendo à fiscalização o ônus de prova-la, calçada em elemento inequívoco de que houve a utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operações diversas de circulação de mercadorias, o que não ocorreu na presente lide.

Em vista do exposto voto pela IMPROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto a preliminar de nulidade e unânime em relação ao mérito, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **054829.0033/07-8**, lavrado contra **CONSEIL GESTÃO DE TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO QUANTO À NULIDADE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADOR/VOTO VENCEDOR QUANTO À NULIDADE