

A I Nº - 279471.0201/07-2  
AUTUADO - LIPPAUS LOGÍSTICA LTDA.  
AUTUANTE - ÁLVARO ALBERTO BRASIL FARAH  
ORIGEM - IFMT DAT/NORTE  
INTERNET - 14.08.08

#### 4 JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0223-04/08

**EMENTA: ICMS. PASSE FISCAL EM ABERTO.** Na falta de comprovação da saída de mercadoria em trânsito do território estadual, presume-se que ocorreu sua comercialização no território baiano, sendo atribuída a responsabilidade pelo pagamento do imposto ao transportador. Entretanto, no caso em concreto, o Passe Fiscal foi emitido pelo Estado do Espírito Santo sem prejuízo para a Fazenda desse Estado. A mercadoria, objeto da autuação ingressa regularmente no território do Estado baiano, sem Passe Fiscal. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 01/02/08, para exigir ICMS no valor de R\$ 18.210,81 acrescido da multa de 100%, relativo à falta de comprovação da saída de mercadoria do território baiano (cerveja em lata), transitada acompanhada de Passe Fiscal de Mercadorias, autorizando a presunção de que tenha ocorrido sua entrega neste Estado.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 26 a 30, por meio de advogado legalmente constituído (fl. 23), argumentando que não fora lavrado passe fiscal para a mercadoria em questão, nota fiscal 89258, de 30.01.2008; que o passe fiscal de nº ES000522008-41, emitido em 18.01.08, refere-se a outra nota fiscal 87886, do mesmo remetente, destinatário, valor, transportadora (CNPJ 05302000/0001-60) e até a mesma veículo placa policial ABP 1209 e carreta MOZ 2864, cuja situação está em trânsito, tendo sido apresentado juntamente com a nota fiscal 89258. Transcreve o inciso II, cláusula IV, do Protocolo ICMS 10, sobre a regularidade do passe fiscal.

Transcreve também “nota explicativa do procedimento fiscal”, do auditor fiscal, autor do feito, fl. 05, em que afirma ter lavrado o presente auto em função de não poder ter feito diligência junto à empresa por ser feriado de carnaval e com as inspetorias fechadas, a fim de garantir os direitos do Estado e impondo total responsabilidade ao recorrente, fundado nos art. 869, 960 do RICMS BA.

Diz que o auditor que procedeu a lavratura do auto não fez nenhuma diligência em busca da verdade real, certificando-se se as mercadorias da nota fiscal 87886 deram entrada no Estado da Bahia, como prova cópia da nota fiscal em anexo com carimbo da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia. Ocorreu, na realidade, erro material no dia 31.01.2007, quando da entrega do passe fiscal ao motorista, ao invés de anexar a nota fiscal 87886, anexou por equívoco a nota fiscal 89258. A nota fiscal 87886 já tinha entrado no Estado desde 20.01.2008, ora apresentada, nessa oportunidade, esclarecendo os fatos, comprovando regularidade e fazendo prova, restando improcedente a multa aplicada. Apesar disso, diz que pagou os impostos.

Conclui afirmando que o procedimento fiscal de lavratura do auto em função do feriado do carnaval negou seu direito à defesa, ocorrendo clara violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Pede seja afastada sua responsabilidade por ausência de fundamentação jurídica de sujeição passiva e anulação do auto por ausência de infração à legislação.

A informação fiscal foi prestada às fls. 55/57 pelo auditor fiscal Sílvio Chiarot, discorre sobre os argumentos da defesa, e esclarece que a transportadora foi identificada como responsável tributária proprietária do veículo, sendo o motorista considerado preposto, conforme mandato concedido a este pela autuada, à folha 15. Diz que não houve precipitação do autuante, tendo agido na forma prescrita no art. 960, III, § 2º do RICMS/BA, uma vez que o veículo estava sem as mercadorias correspondentes ao passe fiscal que eram relativas à nota fiscal 87.886.

Deveria o autuado nesse momento trazer documentação comprovando a entrada da mercadoria no destino, o que faria com a simples apresentação do livro Registro de Entrada da destinatária SCHINCIROL, ao invés de negar simplesmente o fato. A tentativa de defesa não tem lógica. Pois, segundo a defesa, ao entregar o passe fiscal ao motorista, este o anexou à nota fiscal errada e tal não poderia ter ocorrido uma vez a nota relativa ao passe já havia circulado em 31.01.2008, não tendo como realizar essa troca. Assim, ratifica que o auto é procedente.

## VOTO

Preliminarmente, cabe tecer breves considerações acerca das questões processuais de nulidade, do direito da ampla defesa e do contraditório, violados no presente procedimento fiscal, segundo a peça defensiva.

Pugnou pela nulidade do auto de infração tendo em vista alegada ausência de infração à legislação. Constatou, no entanto, a existência dos elementos fundamentais na constituição do presente lançamento tributário, que encontra suporte na irregularidade do passe fiscal interestadual (fl. 10), que foi apresentado junto a nota fiscal 89.258 (fl. 13). Além do mais, o pedido não encontra amparo nas situações previstas no art. 18 do RPAF/BA.

Com relação ainda a ilegitimidade passiva igualmente não há como se confirmar, tendo em vista que a transportadora foi identificada como responsável tributária, proprietária do veículo e seu motorista considerado preposto, conforme mandato concedido a este pelo autuado, à folha 15. Portanto, não existe óbice à responsabilidade tributária solidária da transportadora, conforme art. 39, I RICMS BA.

No contencioso fiscal, o devido processo legal abrange as hipóteses de conflitos de interesses entre o fisco e o contribuinte, com oferecimento da oportunidade de apresentar defesa e provas que a sustente, contrapor argumentos, poder, enfim, influenciar na decisão e no acertamento do crédito tributário em constituição. Tal princípio desdobra-se, sobretudo, nas garantias do incontestável contraditório e à defesa, sem limitações que possam reduzi-lo, aplicadas necessariamente ao processo tributário.

O contraditório, como instrumento constitucional que é, propicia ao sujeito passivo a garantia de não ser despojado de seus bens sem que a este ato possa se manifestar, mediante a impugnação do lançamento fiscal. É justamente do exercício que trata a presente manifestação do autuado acerca dos fatos que se reportam ao procedimento fiscal. A ampla defesa surge mediante o oferecimento de oportunidade ao sujeito passivo para que este, querendo, possa opor-se a pretensão do fisco, fazendo-se serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretende provar as suas alegações.

É exatamente em decorrência desses comandos no âmbito administrativo que tem o sujeito passivo a possibilidade de impugnar os atos praticados pelo fisco. Portanto, não existe qualquer ofensa no direito do contribuinte que possa inquinar o processo fiscal.

No mérito, o Auto de Infração trata de exigência do imposto atribuído ao transportador, relativo a mercadoria proveniente do Estado do Rio de Janeiro, passe fiscal emitido no Estado do Espírito Santo, destinada ao Estado da Bahia, o qual não foi dada baixa, nem comprovado a entrega da mercadoria no Estado de destino.

O autuado na sua defesa faz as seguintes alegações: que transportou sem passe fiscal a mercadoria consignada na nota fiscal de nº 89258, de 30.01.2008, objeto da autuação, destinada a

PRIMO SCHINCARIOL IND. CERV.REFR.NORDESTE S/A. O passe fiscal encontrado durante a ação fiscal, diz, pertence à outra remessa da mesma mercadoria, de acordo com a nota fiscal 87.886, também emitida pela SCHINCARIOL – INDÚSTRIA DE CERVEJA E REFRIGERANTES DO RIO DE JANEIRO (nova razão: CIA DE BEBIDAS RIO DE JANEIRO).

Da análise dos documentos acostados aos autos verifico que:

- a) Em 01/02/08, foi lavrado auto de infração em função do trânsito de mercadorias consignadas na nota fiscal 89.258, de 30.01.2008 (fl. 13), acompanhada do passe fiscal nº ES000052/2008-41, emitido em 18.01.2008 (fls. 10 e 11), vinculado, no entanto, a nota fiscal 87886;
- b) cópia do CTRC nº 007298, emitido pelo autuado em 31.01.2008, acostado junto com a defesa à fl. 12, cuida da operação havida pela nota fiscal 89.258, tendo como destinatário a empresa PRIMO SHINCARIOL no Estado da Bahia;
- c) em nota explicativa do procedimento fiscal para lavratura do auto de infração (fl. 05) esclarece o Auditor Fiscal que o passe fiscal referenciado, de 18.01.2008, ainda estava em “trânsito” sem a sua correspondente baixa e desacompanhada da carga (mercadoria) contida no referido passe. A baixa somente ocorreu após a lavratura do presente auto de infração (fl. 14);
- d) consta do passe fiscal considerado irregular na qualidade de transportador o motorista do autuado, conforme indica o CNPJ 05.302.000/0001-60, bem como vincula a transportadora ao auto de infração, o conhecimento de transporte (fl. 12), nota fiscal 89258 (fl. 13) e documento do motorista Veriano Filho (fl. 08), na operação do dia da lavratura do auto.

Por tudo que foi exposto, restou comprovado, efetivamente, que o passe fiscal apresentado estava em trânsito e irregular porque não foi promovida a sua baixa, nos termos do protocolo ICMS 10, prescrevendo sua imprestabilidade, em qualquer prazo, a partir da emissão, caso tenha sido o transportador localizado sem a carga objeto do referido passe (cláusula 4º, parágrafo único, inciso II). No entanto, a prescrição contida no art. 960, RICMS BA autoriza a presunção de que tenha ocorrido a comercialização no território baiano na falta de comprovação da saída de mercadoria do território estadual pelo proprietário das mercadorias, transportador ou condutor do veículo, quando exigida.

Em realidade, a infração apontada no presente auto de infração – *falta de comprovação da saída de mercadoria do território baiano, quando houver transitado acompanhada de passe fiscal de mercadorias, autorizando a presunção de que tenha ocorrido sua entrega neste Estado*, não ocorreu, não ficou caracterizada. Havia de fato, no momento da lavratura do presente auto de infração, um passe fiscal nº ES000052/2008-41, emitido em 18.01.2008, ainda não baixado, mas emitido pelo Estado do Espírito Santo e que este procedimento não configurou a presunção de internalização da mercadoria objeto da autuação no Estado da Bahia, tendo em vista que o destino final da mercadoria a ele vinculada era exatamente o Estado da Bahia.

Na realidade, ocorreu, através da nota fiscal 89.258, um ingresso de mercadorias no território baiano sem qualquer irregularidade e nunca a falta de comprovação de saída de mercadoria acompanhada de passe fiscal, que autorize a presunção de entrega ou comercialização no território baiano. Ademais, conforme indica o art. 959, RICMS BA, o Passe Fiscal de Mercadorias destina-se a identificar o sujeito passivo que tenha entregado ou comercializado neste Estado mercadoria destinada a outra unidade da Federação ou ao exterior, o que não se verificou no caso concreto.

Assim, considerando que a mercadoria constante da nota fiscal supra citada, objeto dessa autuação, estava sendo transportada, acompanhada do respectivo documento fiscal que a acobertava, sem passe fiscal vinculado, além de destinada a estabelecimento situado no Estado da Bahia, não restou caracterizada nenhuma irregularidade. Conseqüentemente, não houve falta de comprovação de saída de mercadoria do território estadual, não configurando a ocorrência do fato gerador do imposto com a presunção de sua comercialização no Estado da Bahia, conforme previsto no art. 2º, § 4º do RICMS/BA.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279471.0201/07-2, lavrado contra **LIPPAUS LOGÍSTICA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADOR