

A. I. N° - 148593.0123/07-7
AUTUADO - TAM LINHAS AÉREAS S/A.
AUTUANTE - JOAQUIM TEIXEIRA LIMA NETO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 14/08/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0235-03/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Os elementos constantes dos autos não trazem segurança em relação à mercadoria objeto da autuação, base de cálculo e imposto exigido. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/11/2007, refere-se à exigência de R\$1.884,27 de ICMS, acrescido da multa de 100%, tendo em vista que foi constatada divergência entre as mercadorias discriminadas no documento fiscal e a contagem física. Consta, na descrição dos fatos: “Mercadorias em operação interestadual acompanhadas de documentação fiscal inidônea, tendo em vista que a NF 50617, de 08/11/2007, fez menção ao conteúdo do volume como sendo uma unidade de conjunto de implantes gescol plus, no entanto, ao verificar-se o volume constatou-se que não se tratava de um conjunto e sim de 19 u de itens isolados, pois não são interdependentes, o que caracteriza tratar-se de remessa com NF inidônea. Inclusive, estranhamente, dentro do volume foi localizada relação, do próprio emitente, que atesta e caracteriza não tratar-se de conjunto, pois descreve os itens com códigos diferenciados... Ao fazer-se a aferição do peso de embarque, juntamente com preposto da Cia. Aérea, constatou-se que o mesmo confere com o informado no Conhecimento Aéreo, o que comprova que o item faltante não fazia parte do volume no momento do embarque, considerando que a carga não tinha vestígio de violação”.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 28, apresentou impugnação (fls. 20 a 24), discorrendo inicialmente sobre a imputação fiscal e dispositivo da multa aplicada. Alega que não cabe atribuir responsabilidade ao impugnante pelo transporte das mercadorias com fundamento na presunção firmada, tendo em vista que a transportadora é incapaz de fiscalizar a efetiva natureza das inúmeras operações mercantis realizadas por seus clientes, até mesmo por seus funcionários não possuírem conhecimento técnico para verificar se as mercadorias transportadas eram um único conjunto ou equipamentos médicos autônomos. Entende que o dever do transportador restringe-se na análise dos documentos fiscais que lhe são entregues juntamente com as mercadorias, isto é, verificar se os documentos fiscais que acobertam a operação atendem aos requisitos formais do RICMS/BA. Portanto, o defendente afirma que não tem competência “para fazer as vezes da fiscalização fazendária para averiguar tecnicamente se as mercadorias transportadas correspondem aquelas descritas no respectivo documento fiscal”. Saliencia que a expressão “documento inidôneo” não pode ser utilizada de forma irrestrita para conferir responsabilidade tributária às transportadoras pelo descumprimento de deveres instrumentais insuscetíveis de serem assumidos. Diz que em situação análoga, o Conselho de Recursos Fiscais do Espírito Santo já se posicionou sobre a efetiva responsabilidade dos transportadores, conforme decisão que transcreveu. Afirma que no presente PAF, a subsunção ao caso considerado infracional à hipótese de incidência atributiva de responsabilidade enseja dúvidas, tendo em vista que o transportador é incapaz de identificar tecnicamente a efetiva nomenclatura das mercadorias transportadas. Por isso, entende que não cabe atribuir responsabilidade ao transportador pelo transporte das mercadorias, com fundamento na presunção firmada. Argumenta que o evento infracional descrito pelo autuante não se coaduna com a hipótese contida no art. 219, inciso IV do RICMS/BA, considerando que o dever de emitir documentos fiscais contendo informações à perfeita identificação da operação é endereçado somente ao remetente das mercadorias, concluindo-se que o defendente agiu conforme estabelece a

legislação tributária vigente, ao transportar as mercadorias acompanhadas da documentação fiscal exigida. Assegura que a exigência fiscal deveria se estender apenas ao remetente das mercadorias, isto é, ao contribuinte que emitiu incorretamente a Nota Fiscal de nº 050617. Finaliza, pedindo a improcedência do Auto de Infração e o seu arquivamento.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 31/32 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que em fiscalização efetuada no estabelecimento, constatou que o autuado havia transportado as mercadorias constantes da Nota Fiscal 050617, de 08/11/2007, emitida por BT-ORTHOPEDIC COMÉRCIO DE IMPLANTES ORTOPÉDICOS LTDA. como sendo uma operação de remessa em consignação de unidade de um “conjunto de implantes gescol plus”, operação não tributada. Ao verificar o volume, constatou tratar-se a mercadoria de 19 unidades de itens isolados, pois não são interdependentes, e na conferência do volume, verificou que o próprio emitente relacionou as peças como unidades independentes e não um conjunto, como informado na Nota Fiscal. Diz que além dessa irregularidade, constatou que os Convênios citados pelo emitente da Nota Fiscal não permitem que se identifique as mercadorias em questão como isentas. A partir de tal constatação, entendeu que se trata de uma operação tributada, ficando caracterizada idoneidade da documentação fiscal, conforme previsto no art. 209, I do RICMS/BA. Quanto à impugnação do autuado, esclarece que a exigência fiscal se baseou no art. 39, I, “d” do RICMS/BA, que prevê como responsável solidário o transportador em relação às mercadorias transportadas com documentação fiscal inidônea. Por fim, pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento é decorrente da responsabilidade solidária atribuída à TAM, tendo em vista que foram encontradas 19 peças de “GANCHO DE FIXAÇÃO-CIRÚRGICO”, mercadorias que estavam em desacordo com a Nota Fiscal de número 050617 à fl. 10, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências à fl. 05 e planilha à fl. 14.

Conforme descrição dos fatos, foi constatada divergência nas quantidades e descrição das mercadorias constantes no documento fiscal, em confronto com a contagem física realizada, ou seja, a mercadoria consignada na NF 050617, não correspondia ao que foi apurado pela fiscalização, não ficando comprovada a regularidade das mercadorias objeto da autuação, que eram transportadas pelo autuado.

Em sua impugnação, o autuado alega que não pode figurar como sujeito passivo, entendendo que não pode ser considerado responsável pelo pagamento do ICMS exigido no presente Auto de Infração. Entretanto, o imposto exigido no presente lançamento se refere à responsabilidade solidária atribuída por lei ao próprio autuado, em relação às mercadorias que estava conduzindo com documentação fiscal considerada inidônea para a operação.

No caso em exame, o art. 6º, da Lei nº 7.014/96, prevê a responsabilidade do transportador, por solidariedade, conforme reproduzido abaixo:

***Art. 6º** São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:*

III - os transportadores em relação às mercadorias:

- a)** que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação;*
- b)** procedentes de outra unidade da Federação sem destinatário certo no território baiano;*
- c)** que forem negociadas no território baiano durante o transporte;*
- d)** que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;*

Assim, de acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei 7.014/96, a legislação atribui a responsabilidade solidária ao transportador que receba para transportar e para entregar, mercadoria desacompanhada de documentação fiscal exigível ou com documento inidôneo, haja vista que no momento da entrega do volume para ser transportado o autuado tem a amparo legal para exigir que o seu conteúdo esteja de acordo com a respectiva nota fiscal. Por isso, não é acatada a alegação do defendente de que não tem competência para averiguar tecnicamente se as mercadorias transportadas correspondem àquelas descritas no respectivo documento fiscal.

O contribuinte não contestou os dados numéricos da autuação fiscal, e os cálculos foram efetuados de acordo com a pesquisa de preços e planilha às fls. 13/14 dos autos, tendo sido considerados os preços com base no art. 938, V, “b”, do RICMS/97.

Não obstante ter sido caracterizada a responsabilidade solidária do autuado, na condição de transportador, não há nos autos elementos suficientes para comprovar a infração apurada e a exatidão do imposto exigido, tendo em vista que o critério adotado pela fiscalização nos papéis de trabalho, deve ser claro, sob pena de cerceamento de defesa, e incerteza quanto ao valor exigido.

A Nota Fiscal 50617 (fl. 11) faz menção a um “Conjunto de Implantes Gescol Plus”. No Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 5/6, consta como mercadoria apreendida “Material Médico Cirúrgico”, indicando que se refere de um lote, mas na descrição dos fatos foi informado que não se trata de um conjunto e sim 19 itens isolados.

Na relação de fl. 11 consta a seguinte descrição das mercadorias: GANCHO DISTRATOR LAMINAR GESCOL PLUS DIREITO e GANCHO DISTRATOR LAMINAR GESCOL PLUS ESQUERDO (20 PEÇAS). Entretanto, na pesquisa de preços, utilizada na apuração da base de cálculo do imposto exigido, se refere a GANCHO DE FIXAÇÃO USO CIRÚRGICO – PEDICULARES DE TITÂNIO, e na planilha de cálculo do tributo apurado à fl. 14, foi informado a mercadoria como sendo GRANCHO DE FIXAÇÃO CIRÚRGICO.

Pelo que consta dos autos, a autuação contém vícios que afetam a sua eficácia, haja vista que a acusação fiscal se refere à realização de operações com utilização de documentação fiscal inidônea, porque foi consignado no documento fiscal que acompanhava as mercadorias que se tratava de um “Conjunto de Implantes Gescol Plus”, existindo divergências com a descrição dos produtos constante da relação do emitente, do Termo de Apreensão e da pesquisa de preços. Portanto, existe incerteza quanto aos materiais que foram objeto da apreensão e exigência fiscal, bem como em relação ao preço da mercadoria em situação irregular.

Saliento que é nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada e a base de cálculo do imposto exigido. Assim, devido às falhas apontadas no presente Auto de Infração, concluo pela sua nulidade, representando à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal, a salvo de incorreções, conforme art. 156 do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 148593.0123/07-7, lavrado contra TAM LINHAS AÉREAS S/A. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADOR