

A. I. N - 054829.0059/08-5
AUTUADO - RUBBER COM. REP. DE BORRACHA NATURAL LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO ARAÚJO CAMPOS
ORIGEM - IFMT DAT/METRO
INTERNET - 02.10.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0297-04/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. FALTA DE CERTEZA DA INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/05/08, para exigir ICMS no valor de R\$2.749,86 acrescido de multa de 100%, em decorrência do trânsito de mercadorias não solicitadas pelo destinatário constante na nota fiscal. Consta, na descrição dos fatos que “Mercadorias encontradas em trânsito na Avenida Luiz Eduardo Magalhães conduzida pelo detentor abaixo qualificado, no veículo de placa MTK 9884, acompanhada da nota fiscal 0092, destinada a Miguel José da Silva, inscrição estadual 67950320 EPP, entretanto, declaração anexa comprova que as mercadorias não foram solicitadas pelo destinatário”.

O próprio Miguel José da Silva, afirmando ter legitimidade para postular no pólo passivo do presente Auto de Infração, nos termos do art. 4º do RPAF/BA (Regulamento do Processo Fiscal), Decreto 7.629/99, na defesa apresentada às fls. 31 a 46, inicialmente discorre sobre os fatos da infração e afirma que é uma empresa de tradição no mercado em que atua, cumpridora das obrigações tributárias, mas foi surpreendida quando da fiscalização e vistoria em mercadorias por ela adquirida. O que ensejou a apreensão, conforme Termo, sendo lavrado o presente Auto de Infração contra a empresa transportadora das mercadorias, na condição de responsável solidária.

Diz que o lançamento de ofício e a multa se provarão passíveis de nulidade, nos termos seguintes:

01 – Contraditório e a ampla defesa. Invoca o art. 5º, LV, CF /88, argumentando que a autuação deve acontecer dentro dos ditames legais previstos, razão porque o legislador estadual fixou as premissas do lançamento de ofício no art. 28, RPAF BA, que transcreve. Diz ainda que seu desatendimento gera nulidade de acordo com o art. 18 do mesmo diploma. Diz que o auto de infração não permite o pleno exercício da defesa ao deixar de descrever com clareza a descrição das mercadorias transportadas. Diz que a mercadoria apreendida corresponde à madeira tipo misto agreste, ripão e barrote, enquanto a nota fiscal descreve madeira tipo eucalipto.

02 – Princípio da Legalidade. Diz que a autuação fiscal foi exagerada incidindo no crime de excesso de exação previsto no ar. 316, § 1º do código penal brasileiro, uma vez que conhecendo ser indevido o tributo reclamado, além do constrangimento empregado quando da lavratura da peça punitiva, incidiu ainda no crime de prevaricação (art. 319, CPB) porque realizou a fiscalização de forma irregular, sem obediência aos ditames legais.

No mérito, afirma que não justifica a autuação a alegação de que as mercadorias transportadas, acompanhadas de documento fiscal, não foram solicitadas pelo destinatário. O documento fiscal foi considerado inidôneo e com intuito de fraude, nos termos do art. 209, RICMS 97, sem a observação de que tal procedimento é excepcional e somente admissível em casos de irregularidade que o torne imprestável ao fim ao que se destina, não sendo este o caso, uma vez que o mesmo encontra-se de acordo com o Convênio s /n, de 15.12.70, que instituiu o Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-fiscais – SINIEF.

Assevera que a declaração utilizada para desconsiderar a operação mercantil é nula porque obtida mediante coação, em desobediência ao devido processo legal, razoabilidade e boa fé do contribuinte. Cita e transcreve o art. 142, CTN.

Afirma que, além disso, o imposto supostamente devido foi calculado erradamente, porque calculado à alíquota de 17% e não a 7% como previsto na Resolução 22 do Senado Federal. Diz que improcedente o auto, a obrigação acessória deve seguir a principal e pelo princípio da eventualidade, a redução ou cancelamento da multa prevista no art. 915, §6º, uma vez que a impugnante não causou qualquer prejuízo ao Erário.

Requer a final, reconhecimento da legitimidade para postular em favor de Miguel José da Silva, cancelamento do auto de infração pela inexistência da infração, diligência ou perícia contábil fiscal, a fim de que fique provada a improcedência do Auto de Infração.

O autuante na sua informação fiscal à fl. 66, explica que o início da ação fiscal se deu quando encontrou um caminhão carregado de madeiras serradas com a nota fiscal nº 092, destinada a Miguel José da Silva, inscrito no cadastro de contribuintes sob nº 67.950.320. No destino, o senhor Miguel alegou não ter solicitado a mercadoria, apresentando declaração nesse sentido. O motorista conduziu o veículo ao pátio da IFMT.

Discorre sobre as irregularidades encontradas:

- a) Divergência entre o material encontrado no caminhão e o que estava descrito na nota fiscal. Uma madeireira foi consultada e identificou tratar-se de madeira mista agreste. Feita a medição e separação do material, obtidos os preços unitários como consta no demonstrativo de estoque à fl. 14.
- b) Com base nesse documento foi lavrado o auto de infração. Diante da falta da declaração fornecida pelo destinatário das mercadorias, senhor Miguel, contatado, forneceu uma cópia via fax, conforme documento de fl. 09, vindo depois a assiná-lo.

Diz que, inexplicavelmente, a empresa Miguel José da Silva apresenta recurso alegando que a declaração ocorreu por despreparo do sócio, sendo obrigado a assinar uma declaração que não correspondia à realidade dos fatos, fl. 47 e que, efetivamente, adquiriu as mercadorias, estando correta a nota fiscal e as mercadorias nela constantes.

Afirma que a petição foi assinada por pessoa ilegítima ao procedimento, conforme art. 10 do RPAF, não tem qualquer procuração nesse sentido e porque o documento foi considerado inidôneo. Além da declaração fornecida por Miguel José da Silva, a mercadoria encontrada foi diversa da constante no documento. Sugere a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração decorreu da acusação de que o autuado transportou mercadoria acobertada com documentação fiscal, mas que não foi solicitada pelo destinatário.

Algumas preliminares são invocadas.

1 – Princípio da Legalidade. Argumenta o autuado que houve durante a ação fiscal o cometimento dos crimes de EXCESSO DE EXAÇÃO (art. 316, § 1º) e PREVARICAÇÃO (art. 319), ambos do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848, de 07.09.1940. Contudo, não estão incluídas na competência dos órgãos julgadores administrativos questões apreciáveis pelo Poder Judiciário (art. 167, II, RPAF BA).

2 - Contraditório, a ampla defesa, devido processo legal. Invoca o art. 5º, LV, CF /88, argumentando que a autuação deve acontecer dentro dos ditames legais, que o lançamento de ofício deve ocorrer de acordo com o art. 28, RPAF BA e que deve ser nulo (art. 18, RPAF), uma vez que a mercadoria apreendida foi descrita de forma diversa.

O devido processo legal manda observar as normas legais do processo. Sua relevância é de tal ordem que os demais princípios são corolário direta ou indiretamente deste. Combina-se com o

direito do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), além do direito de acesso à justiça (art 5º, XXXV), fechando um ciclo de garantias processuais. No contencioso fiscal, o devido processo legal abrange as hipóteses de conflitos de interesses entre 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 acerto do crédito tributário em constituição.

No caso em tela, o autuado teve a possibilidade de impugnar os atos praticados pelo fisco, no seu entender, sem razoabilidade; argumentou defeito na lavratura do auto de infração, nos termos do art. 28, RPAF, etc. Assim, o sujeito passivo exerceu amplamente seu direito de impugnar o auto de infração, apresentando as provas de que dispunha, acatando, inclusive, como legítima a postulação feita por terceiro, uma vez submetido às exigências próprias de fiel depositário confiado a Miguel José da Silva, conforme Termo de fl. 25 (art. 4º, parágrafo único, RPAF BA). Tudo isto em homenagem às garantias da ampla defesa do contribuinte e a verdade material buscada sempre no processo fiscal. Não houve erros da descrição das mercadorias. O autuante identificou madeira com as mesmas dimensões e quantidades, porém, na realidade, se tratava de outro tipo de madeira, e assim a descreveu, no termo de apreensão. Dessa forma não há que se falar em ato que invalide o auto ou qualquer mácula ao devido processo legal.

No mérito, a questão se decide a partir da desconsideração do documento fiscal, sob alegação de sua inidoneidade. Diante das razões defensivas, identifico o que segue:

Consta como infração *“mercadoria, comprovadamente, não solicitada pelo destinatário constante na nota fiscal”*. Verifico que o simples fato de alguém não ter solicitado as mercadorias não é uma situação geradora de obrigação tributária. Em outras palavras, podemos dizer que não houve o fato gerador. O ICMS incide sobre “operações relativas à circulação de mercadorias”, envolvendo negócio jurídico mercantil, “circulação” é a passagem das mercadorias de uma determinada pessoa para outra. Corresponde a uma movimentação com mudança patrimonial. O que, no caso em tela, não se constata.

Existe tão somente um entendimento fiscal de que mercadorias seriam entregues em local diverso, sem estarem perfeitamente configurados os fatos que autorizem tal presunção e sua disposição na lei. Mesmo a declaração de folha 09, dando conta do desconhecimento da aquisição das mercadorias constantes na nota fiscal nº 092, emitida por ARMANI MADEIRAS LTDA, contribuinte com situação cadastral habilitado (fonte SINTEGRA), localizado no Estado do Estado do Espírito Santo e que acobertou a operação, por parte do seu destinatário, Sr. Miguel José da Silva, não tem valor probatório tendo em vista que declaração em sentido contrário, assinada pelo mesmo Sr. Miguel foi juntada ao final das razões de defesa apresentada, à fl. 37 e com a afirmação que a primeira declaração foi obtida mediante coação, vício de vontade que torna o ato anulável.

O presente auto ainda foi lavrado sob a justificativa de que o documento fiscal seria inidôneo, nos termos do art. 209, VI, RICMS BA, Ora, essa fraude novamente não se presume. Diz a norma que a condição de sua inidoneidade é que, embora revestido das formalidades legais, tenha o documento sido emitido com o intuito comprovado de fraude. O que também não ficou caracterizado nos autos.

Considerando ainda os documentos acostados ao processo, contato que o presente Auto de Infração lavrado contra o transportador – RUBBER COM. REP. DE BORRACHA NATURAL LTDA, também situado no Estado do Espírito Santo, em virtude de sua condição de responsável solidário por estar na posse de mercadorias no momento de sua apreensão no território baiano, nos termos do art. 39, I, “b” do RICMS /97.

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:

- a) que entreguem a destinatário diverso do indicado na documentação fiscal correspondente;
- b) procedentes de outra unidade da Federação sem destinatário certo no território baiano.

Ocorre que a solidariedade acima originada do art. 124, II, CTN, decorre da expressa previsão da lei instituidora do tributo, diante do caráter necessariamente oneroso que a mesma se reveste para o sujeito passivo (solidariedade de direito). Nesses termos, o terceiro apenas pode ser responsabilizado quando tenha alguma relação com o fato gerador ou porque de algum modo, participou na sua realização. Importante destacar essa vinculação para que juridicamente seja possível o ressarcimento pelo ônus do tributo que teve que arcar em lugar do contribuinte.

No caso em questão, o auto de infração foi lavrado a partir da seguinte situação: “mercadorias encontradas em trânsito na Avenida Luiz Eduardo Magalhães ...”. Necessário atentar a prescrição da norma indicando a caracterização da solidariedade no momento em que o transportador entregasse mercadorias a destinatário diverso do indicado na documentação fiscal correspondente. Este seria o momento em que estaria incidindo a norma jurídica sobre a realidade, configurado o fato gerador, o que conforme a descrição dos fatos não chegou a ocorrer porque apreendidas as mercadorias ainda durante o seu trânsito.

Diante das imperfeições descritas, chego à conclusão que o presente Auto de Infração não contém as premissas básicas de formalização do lançamento de ofício, apuração do tributo, não sendo possível ser saneado. Desta forma, entendo que o lançamento efetuado não contém elementos suficientes para se determinar com segurança qual infração foi cometida, quem foi, e, em havendo, quem foi o infrator, não sendo, portanto, válido para produzir os efeitos jurídicos e legais que levassem à constituição definitiva do crédito tributário.

Invoco o disposto no art. 18, IV, “a”, RPAF /99, que dispõe: nulo é o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Represento à autoridade competente, como determina o artigo 156, do RPAF/99, para que à luz dos documentos presentes nos autos deste processo, examine a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Diante do exposto, 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 **054829.0059/08-5**, lavrado contra **RUBBER COM. REP. DE BORRACHA NATURAL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR