

A. I. N° - 938020560
AUTUADO - LIDDIANNE PINTO DOS SANTOS
AUTUANTE - CARLOS AUGUSTO REBELLO
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 21/10/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0304-03/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIO FORMAL DE PROCEDIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Indicação errônea do sujeito passivo da obrigação tributária. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/11/2007, na fiscalização ao trânsito de mercadorias, e exige ICMS no valor total de R\$3.424,59, acrescido da multa de 100%, em razão de operação, ou prestação, sem documentação fiscal, ou com documentação fiscal inidônea, fato ocorrido na data de 11/11/2004, conforme descrito no mencionado Auto de Infração.

Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 123063 à fl. 03, lavrado na data de 11/11/2004, em nome do detentor das mercadorias apreendidas, Claudimilson Pereira Ribeiro. Termo de Depósito à fl. 03, datado de 11/11/2004, indicando como fiel depositário a empresa FMG Comércio e Representações LTDA, com inscrição estadual no cadastro de contribuintes de ICMS no Estado da Bahia sob n° 499919396.

Consta, às fls. 04 e 05, documento intitulado “Relação das Mercadorias Apreendidas”; à fl. 06, cópia da carteira de motorista do detentor dos bens; à fl. 07, Certificado de Registro e Licenciamento de veículo de aluguel, cuja placa policial, MTJ 1564, foi citada no Termo de Apreensão de fl.03, indicando o ora autuado como seu proprietário. Às fls. 08 e 09, estão anexados documentos intitulados “Memória de Cálculo” indicando como valores de ICMS a recolher, respectivamente, R\$41,73, e R\$3.382,86. Às fls. 10 e 11, documento intitulado “Dados Cadastrais” emitido pelo Sistema Informatizado de Informações do Contribuinte – INC SEFAZ, da empresa que figura como fiel depositária, FMG Comércio e Representações LTDA, com nome de fantasia “Café Maratá”. À fl. 14, cópia de Auto de Infração n° 9341170, lavrado em 29/11/2004 contra o motorista e detentor das mercadorias, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 123063 à fl. 03, lançamento de ofício aquele declarado nulo em julgamento por este CONSEF, consoante informação da IFMT – DAT/Metro, à fl. 13.

À fl. 20, está anexada intimação para ciência da presente autuação ao ora autuado, Liddianne Pinto dos Santos, e à fl. 21 está acostado Aviso de Recebimento - AR emitido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos –ECT.

O autuado, por intermédio de advogado com Procuração à fl. 48, impugna o lançamento de ofício às fls. 24 a 34, inicialmente descrevendo os termos da imputação e, em seguida, aduzindo que em 11/11/2004 o Sr. Claudimilson Pereira Ribeiro, motorista da empresa GMF – Comércio e Representações LTDA, teve contra si lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 123063, e o Auto de Infração n° 9341170/04, lavrado em 29/11/2004, quando trafegava pelo canal de tráfego de Candeias, transportando mercadorias de propriedade das empresas “Maratá Industriais de Aguardente LTDA” e “Indústrias Alimentícias Maratá LTDA”, para serem entregues a seus diversos clientes nos municípios de São Sebastião do Passé, Candeias, Madre de Deus, Camaçari, conforme cópias de Notas Fiscais cuja numeração cita à fl. 25 dos autos. Que nesse momento foi abordado pela Fiscalização de Trânsito, tendo contra si lavrado o Termo de Apreensão mencionado, tendo sido “retido pelo fisco estadual as segundas vias das notas fiscais.”

O impugnante afirma que a mercadoria, que diz ter sido apreendida indevidamente, é de propriedade das empresas “Maratá Industriais de Aguardente LTDA” e “Indústrias Alimentícias Maratá LTDA”, e que estariam devidamente documentadas com notas fiscais. Que aquele autuado (Claudimilson Pereira Ribeiro) exerce a função de motorista profissional assalariado da empresa GMF – Comércio e Representações LTDA. Que a obrigação tributária foi cumprida, porque as notas fiscais foram escrituradas, e o imposto recolhido. Que as mercadorias tinham destino certo e foram entregues aos destinatários, conforme diz que comprovam os recibos de entrega. Que o Auto de Infração foi lavrado porque a documentação apresentada não foi considerada, e as notas fiscais seriam idôneas. Cita os dispositivos indicados como infringidos no Auto de Infração, e transcreve trechos dos artigos 39 e 201 do RICMS/BA, e 42 da Lei nº 7.014/96. Diz que o Auto de Infração nº 9341170/04, lavrado em 29/11/2004, foi julgado nulo por este CONSEF, no Acórdão JIF nº 0163-03/06, cuja cópia anexa às fls. 36 a 39. Diz que, no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 123063, lavrado em 11/11/2004, na descrição dos fatos consta a afirmativa de tratar-se de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal mas que, no Acórdão JIF mencionado, o Relator à época transcreve afirmativas do autuante quanto a “que as notas fiscais apresentadas pelo autuado e acostadas ao processo” (...) “são relativas à operação de comercialização anterior, realizada em 05/11/2004, e que o veículo não poderia levar 06 dias para se deslocar de Salvador até o referido local, onde foi abordado, alertando que a distância entre o Município de Salvador e Candeias é de aproximadamente 5 km...”.

O ora autuado argui a nulidade da autuação detendo-se basicamente em quatro itens:

1. Que o Auto de Infração descreve genericamente os artigos que cita, mas não desce à particularidade de informar qual o parágrafo que foi violado, não especificando tratar-se de operação sem nota fiscal, ou de operação com nota fiscal inidônea, ferindo o princípio da tipicidade, pelo que o Auto de Infração seria nulo. Que o Termo de Apreensão informa que se trata de mercadoria desacompanhada de nota fiscal. Que há um emaranhado de acusações sem respaldo legal e sem especificação precisa da acusação. Que assim, nos termos do inciso IV do artigo 18 do RPAF/99, o Auto de Infração é nulo, e que o contribuinte não pode precisar a infração que cometeu, fazendo uso da dedução para chegar à infração que lhe é imposta.
2. Que não está demonstrado como o autuante encontrou o valor lançado como base de cálculo do débito lançado. Que, nos documentos de título “Memória de Cálculo”, não está demonstrado “como se chegou, ao *quantum debetum* de 154,56 e 19.899,18, nem sobre que mercadorias e quantidades foram aplicadas as alíquotas de 25%, 2% e 17% constantes do Auto de Infração. O que constitui ofensa ao princípio da garantia da ampla defesa. Na Memória de Cálculo com data de 11/11/2004 (anexa), que foi utilizada para embasar o auto de infração ora combatido consta o número do Auto de Infração nº 934117-0 que foi lavrado em 29/11/2004, ou seja a memória de cálculo nasce 03 (três) anos antes do Auto de Infração e só consta a alíquota de 17% enquanto no Auto de Infração nº 938020-5 lavrado em 29/11/2007, temos as alíquotas de 25%, 2% e 17% respectivamente. Assim sendo, temos Memória de Cálculo com datas e alíquotas divergentes entre si.”
3. Que ocorre ilegitimidade passiva do autuado, por não ser o detentor da propriedade das mercadorias apreendidas, “sendo assim não pode ser considerado responsável tributário, o que eiva de nulidade o referido Auto.”
4. Que para haver respeito ao direito de ampla defesa é preciso saber qual a acusação, e que não é possível precisar qual a acusação “atribuída inicialmente a Claudimilson Pereira Ribeiro e recentemente à Sr^a Liddianne Pinto dos Santos (...), se falta de documentação ou documentação considerada inidônea”. Que, nos termos do artigo 18, inciso IV, do RPAF/99, que reproduz, o procedimento fiscal é nulo de pleno direito.

O sujeito passivo aduz que as mercadorias elencadas nos documentos intitulados “Relação das Mercadorias” são as mesmas discriminadas nas notas fiscais que citou, e que o procedimento

desenvolvido já foi considerado nulo por este CONSEF em diversas ocasiões, a exemplo dos Acórdãos JJF nº “0071/99”, “0113/00”, e “0002-03/03”.

Conclui pedindo a extinção do processo com julgamento do mérito, sendo o mesmo julgado improcedente, ou declarado nulo, “tendo em vista a inexistência da relação jurídica que enseja a cobrança do tributo, assim como, seja ordenada a liberação de todas as mercadorias apreendidas. Bem como o desentranhamento dos documentos acostados ao Auto de Infração nº 934117-0, que trata do mesmo assunto e já foi considerado Nulo por este Órgão de Julgamento.” Pede prazo de dez dias para a juntada de procuração.

O impugnante acosta, à fl. 35, listagens intituladas “Rol de documentos a serem desentranhados e anexados ao processo”, e “Rol de Documentos Anexo”. Às fls. 36 a 39, cópia do Acórdão JJF nº 0163-03/06; à fl. 40, cópia do Auto de Infração em lide; à fl. 41, cópia do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 123063 acostado à fl. 03, lavrado na data de 11/11/2004; às fls. 42 a 44, cópias do levantamento fiscal.

O autuante presta informação fiscal às fls. 54 e 55 aduzindo que “Foi renovado o procedimento fiscal, contra a proprietária do veículo transportador que é Liddianne Pinto dos Santos.”, de acordo com o parágrafo único do artigo 18 do RPAF/99, que reproduz. Que a autuação deu-se em razão de as mercadorias estarem desacompanhadas de notas fiscais, e que as notas fiscais apresentadas eram de outra operação, realizada seis dias antes “da ocorrência do fato gerador.” Que “As bases de cálculo são parte integrante do referido processo.” Conclui reafirmando a procedência da ação fiscal na reclamação do crédito tributário no valor de R\$3.424,59, e pedindo pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício foi realizado em 29/11/2007, após ter sido declarado nulo, consoante Acórdão JJF nº 0163-03/06 deste CONSEF (fls. 36 a 39), o Auto de Infração nº 934117-0, ambas as autuações baseadas no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 123063, à fl. 03, lavrado na data de 11/11/2004, documento este que consignava o motorista do veículo transportador, Sr. Claudimilson Pereira Ribeiro, como detentor das mercadorias apreendidas. Com base neste Termo de Apreensão, o Auto de Infração anterior foi lavrado em 29/11/2004, contra o mencionado motorista. O representante do Fisco que procedeu à autuação é o mesmo, nos dois processos.

Conforme afirma o atual autuado, Srª Liddianne Pinto dos Santos, e consta no corpo do Relatório do mencionado Acórdão JJF nº 0163-03/06, acostado à impugnação atual deste PAF, o detentor das mercadorias era, à época da lavratura do citado Termo de Apreensão, empregado da empresa FMG Comércio e Representação LTDA. Aquele Relatório menciona, inclusive, que ao processo que se referia fôra anexada documentação comprobatória de que o Sr. Claudimilson era empregado da mencionada empresa FMG, e que aquele autuado expusera estar, no momento da apreensão das mercadorias, a serviço da empresa sua empregadora, “transportando mercadorias de propriedade da empresa Empresa Maratá Indústrias de Aguardentes Ltda. e Indústrias Alimentícias Maratá Ltda., para serem entregues a seus diversos clientes nos Municípios de São Sebastião do Passé, Candeias, Madre de Deus e Camaçari, conforme cópia das notas fiscais que se encontram acostadas ao PAF. Declara, que nesta data, a Fiscalização do Trânsito de Mercadorias da SEFAZ, fez a apreensão das mercadorias, (...)”. (fl. 36 do presente PAF)

O autuante dos dois PAFs, conforme consta no corpo do Relatório do Acórdão JJF nº 0163-03/06, no primeiro processo “manifestou-se à fl. 71, informando que a base de cálculo que amparou a lavratura do Auto de Infração, consta das fls. 04 e 05 do presente PAF, sendo os valores fornecidos pelo autuado que desempenhava a função de motorista e vendedor, tendo o mesmo assinado as respectivas planilhas de cálculo na presença do sócio da empresa FMG - Comércio e Representações Ltda.”, portanto admitindo que aquele primeiro autuado transportava a mercadoria apreendida a serviço da mencionada empresa FMG.

O Acórdão JF nº 0163-03/06, com base nos artigos 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e do artigo 39, inciso I, do RICMS/BA, concluiu pela nulidade daquela autuação, citando que “A terceira preliminar de nulidade, argüi a ilegitimidade passiva do autuado. Neste aspecto entendo que a atribuição de responsabilidade tributária ao motorista que conduzia o veículo não pode ser imputada, tendo em vista que o proprietário do veículo transportador é pessoa distinta do simples funcionário da empresa, caracterizando-se com isso, a ilegitimidade passiva do autuado. Conforme verifico nas folhas 06 e 07 dos autos, o veículo transportador é de propriedade de Liddianne Pinto dos Santos, pessoa distinta do motorista Claudimilson Pereira Ribeiro, que não pode ser responsabilizado solidariamente pela exigência fiscal, objeto da presente autuação.”

Tendo sido recomendada a renovação do procedimento fiscal, foi lavrado o atual Auto de Infração nº 938020-5, contra a pessoa cujo nome consta no Documento de Propriedade do Veículo, acostado à fl. 07, como sua proprietária, qual seja, Srª Liddianne Pinto dos Santos.

Ocorre que o atual sujeito passivo contesta, também, a legitimidade passiva, no presente processo, aduzindo não lhe pertencerem as mercadorias apreendidas. De fato, conforme consta no corpo do mencionado Acórdão JF nº 0163-03/06, em trecho já transcrito neste voto, há menção do fato de que não só as mercadorias apreendidas não pertencem ao ora autuado, como também de que, no momento da sua apreensão, o veículo estava sendo dirigido por empregado de pessoa jurídica distinta (FMG Comércio e Representação LTDA), em operações comerciais de entrega de mercadorias das quais não há, nos autos, qualquer comprovação de vínculo com o atual sujeito passivo, o que comprova as atuais alegações defensivas de ausência de relação da ora impugnante com a operação. O motorista e anterior autuado, inclusive, naquela PAF afirmou que as mercadorias transportadas eram de propriedade de empresas diversas do ora autuado, e tal fato não foi contestado pelo Fisco.

Portanto não se configurando, no caso em lide, posse direta, nem indireta, das mercadorias objeto da ação fiscal com a Srª Liddianne Pinto dos Santos, esta não é nem a detentora, nem a transportadora da mercadoria apreendida, uma vez que o autuado anterior declara que estava a serviço de sua empresa empregadora, no preciso momento da ação fiscal, fato não contestado pelo autuante que, pelo contrário, conforme texto da informação fiscal já copiado neste voto, confirma que o anterior autuado era empregado da empresa FMG na data daquela apreensão, e que os preços das mercadorias foram fornecidos ao Fisco por aquele autuado, Sr. Claudimilson, na presença de sócio da mencionada FMG.

Assinalo, por oportuno, que o Termo de Depósito à fl. 03, datado de 11/11/2004, indica como fiel depositário a empresa FMG Comércio e Representações LTDA, com inscrição estadual no cadastro de contribuintes de ICMS no Estado da Bahia sob nº 499919396.

O fato de que um veículo de aluguel tenha sido utilizado, por motorista de outra empresa, para o transporte de mercadorias de propriedade desse terceiro, que utilizava o mencionado veículo em operações de transporte de suas mercadorias para entrega, ou vendas, não comprova que o proprietário do veículo de aluguel era o transportador. A condução, e detenção, das mercadorias, no caso em foco, estava sob a responsabilidade do motorista, que, por sua vez, ali atuava como preposto de uma empresa comercial.

Uma vez identificado, no caso em foco, que havia uma terceira pessoa que assumiu estar transportando a mercadoria apreendida a serviço de uma empresa, não há como se atribuir a responsabilidade por este transporte a outro que detenha a propriedade legal do veículo, mas não a sua posse direta, nem a posse da mercadoria, no momento da ação fiscal.

Ressalto que, nos termos do artigo 12, inciso I, alínea “d”, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, tratando-se de operações com mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhada de documentação fiscal inidônea, o responsável é o transportador. Na situação em lide, a empresa FMG empregava o autuado anterior, que declarou a origem e o destino das mercadorias, conforme texto do

Relatório do Acórdão JJF nº 0163-03/06, já transcrito neste voto. O autuante não contestou tal destinação, e lavrou os dois Autos de Infração, tanto o anterior, nº 9341170, quanto o atual, porque a mercadoria encontrava-se desacompanhada de documentação fiscal.

Segundo o inciso III do mesmo artigo 12 do COTEB, é também responsável 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 – inciso III do citado artigo 12, e na situação em lide aquele que detinha a mercadoria era o preposto da empresa FMG, e não o impugnante.

Pelos fatos expostos, em consonância com os documentos anexados ao processo, está comprovado que assiste razão ao atual autuado, quanto à sua ilegitimidade passiva.

Quanto à tipificação da imputação, embora no Auto de Infração estejam, de fato, citadas duas infrações diferentes, o contribuinte demonstrou compreender que foi acusado de transporte de mercadorias sem documentação fiscal, porque os documentos que foram apresentados ao Fisco, quando da apreensão das mercadorias, datavam de dias antes da operação comercial naquele momento em curso, pelo que não se prestavam ao fim de dar trânsito regular às mercadorias transportadas. Ademais, tal como reconhece o autuado à fl. 28 dos autos, o Termo de Apreensão, documento em que se baseia o lançamento de ofício, cita que as mercadorias estavam desacompanhadas de documentação fiscal.

Em relação à base de cálculo, embora no Auto de Infração não esteja comprovada a origem dos valores de preços utilizados em sua determinação, vale acrescentar que, conforme descrito no Relatório do Acórdão JJF nº 0163-03/06, à fl. 37 deste PAF, a empresa FMG, além de ter assumido a guarda da mercadoria apreendida, participou, na pessoa de um sócio, do fornecimento do preço que foi utilizado para determinação da base de cálculo do imposto que foi lançado de ofício tanto no Auto de Infração anterior, quanto no atual, conforme afirmou o ora autuante àquela época.

Esta afirmativa do autuante não supre a necessidade da comprovação da origem dos preços utilizados para a formação da base de cálculo do ICMS lançado, mas tal omissão de indicação poderia ser sanada por meio de diligência, com a reabertura do prazo de defesa, diligência esta que torna-se inócua, diante da comprovada ilegitimidade passiva.

Em relação à solicitação para a liberação das mercadorias apreendidas, observo que tal providência não compete a este Órgão Julgador, devendo tal pedido ser dirigido à autoridade administrativa competente da IFMT- DAT/Metro, conforme indicado no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 123063, à fl. 03 do PAF, e nos termos do artigo 947 do RICMS/BA.

Por tudo quanto exposto, diante da ilegitimidade passiva do ora autuado, irregularidade insanável, voto pela NULIDADE do Auto de Infração por vício formal de procedimento, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99, conseqüentemente não adentrando, neste voto, na análise do mérito do lançamento de ofício, em obediência ao previsto no artigo 154 do mesmo Regulamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **938020560**, lavrado contra **LIDDIANNE PINTO DOS SANTOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR