

A. I. Nº - 114595.0022/07-3
AUTUADO - TRANSPOSERVS TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - JOSAPHAT XAVIER SOARES
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 10/12/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0352-03/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Ficou caracterizada a impossibilidade de exigência do imposto do autuado que não figura no Passe Fiscal, devendo a exigência do imposto recair sobre proprietário da mercadoria, do condutor do veículo ou do transportador da carga. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/10/2007, refere-se à exigência de R\$10.232,34 de ICMS, acrescido da multa de 100%, por falta de comprovação da saída de mercadoria do território baiano, que transitou acompanhada de Passe Fiscal de Mercadorias, autorizando a presunção de que tenha ocorrido sua entrega neste Estado. Consta, na descrição dos fatos, que o autuado transportou mercadorias conforme Passe Fiscal nº 2005.11.12.10.31/BUD4071-2, emitido em 12/11/2005, com destino ao Frigorífico Pedra Bonita Ltda. em Mato Grosso do Sul, não procedendo a baixa do referido Passe Fiscal.

O autuado apresentou impugnação (fls. 15 a 20), alegando, preliminarmente, que em decorrência da lavratura do presente Auto de Infração, vem sofrendo uma série de restrições por parte do Fisco Estadual, ficando impedido de exercer sua atividade empresarial, tendo em vista que se encontram ativas algumas restrições contra a circulação de veículo de sua propriedade e o seu empregado, o motorista Sr. José Aldir Correia Cerqueira, que se encontra impedido de exercer suas funções. Reconhece que essas medidas têm o objetivo de pressionar e compelir o impugnante a quitar o débito fiscal, e neste sentido, apresenta o entendimento do Tribunal Regional Federal, 2ª Região acerca da matéria, além do entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme Súmula 547. Assim, o defendente entende que não é lícito ao Fisco aplicar sanções indiretas no claro intuito de pressionar o contribuinte a pagar tributo, argumentando que restará provado que não é devedor do imposto exigido no presente Auto de Infração e que não tem qualquer participação com os fatos narrados na autuação fiscal. Diz que o meio legal para se proceder à cobrança de qualquer crédito fiscal é a lavratura do Auto de Infração e posterior abertura do Processo Administrativo Fiscal. Reafirma que a restrição realizada pelo Fisco é ilegal e abusiva e vem causando grandes prejuízos à empresa, porque se encontra impedido de utilizar seus veículos, fazendo perder vários contratos. Requer sejam revogadas todas as restrições existentes contra o impugnante ou seu patrimônio, esclarecendo que em 2005 era constantemente contratado pela TACS COMISSÁRIA para o transporte de cargas; a referida empresa atua no desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas por seus clientes e contrata várias transportadoras, entre elas o defendente. O autuado informa que no período compreendido no Passe Fiscal, prestou seus serviços à TACS COMISSÁRIA apenas para transportar uma carga de 25.000 kg. de batatas congeladas que acabara de chegar ao Porto de Salvador até os estabelecimentos do Supermercado Atacadão, sendo parte das mercadorias descarregada no estabelecimento localizado na Av. Barros Reis, em Salvador, e o restante no estabelecimento localizado no município de Lauro de Freitas. Assegura que em momento algum foi contratado para transportar qualquer mercadoria ao Frigorífico descrito no Passe Fiscal em questão, e a primeira vez que teve contato com esse Passe Fiscal, bem como ciência desta operação, deu-se

no momento em que foi autuado. Afirma que a TACS COMISSÃRIA detinha todos os dados do impugnante, tendo em vista que foi contratado para transportar uma carga para o Supermercado Atacadão, e por isso, possuía placa do caminhão e a qualificação do motorista que fez o frete. Informa, ainda, que está adotando providências legais para apurar como os seus dados foram colocados no Passe Fiscal, sem o seu conhecimento e autorização. Requer a baixa imediata de todas as restrições nos veículos de placa policial BUD 4071 e do reboque de placa MNC 1957, ambos de propriedade do impugnante, bem como as restrições contra o motorista, Sr. José Aldir Correia Cerqueira. Requer, também, a intimação da empresa TACS COMISSÃRIA para apresentar os documentos relativos ao desembaraço aduaneiro da mercadoria para a qual o defendente foi contratado para realizar o transporte até os estabelecimentos do Supermercado Atacadão. Por fim, o autuado pede a improcedência do presente Auto de Infração, com sua conseqüente extinção, por entender que não tem qualquer relação com o débito apurado.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 36 a 42 dos autos, após relatar os fatos que deram causa à lavratura do Auto de Infração e fazer um resumo das alegações defensivas, esclarece que a autuação fiscal é decorrente da falta de baixa do passe fiscal em decorrência de internalização de mercadoria neste Estado, que era destinada a outra unidade da Federação, conforme art. 959 e seu § 1º do RICMS/97, que transcreveu. Apresenta explicação em relação ao quadro societário do autuado e diz que foi atribuída responsabilidade tributária por sujeição passiva indireta, por transferência ou por substituição em que a responsabilidade por sucessão é atribuída a outra pessoa, mesmo não vinculada ao fato gerador. Cita o art. 129 do CTN, salientando que a autuação ocorreu dois anos após a ocorrência do ilícito fiscal e só foi flagrada por transportar mercadorias obrigadas à emissão de controle por passe fiscal sendo acusado pelo sistema a partir da placa do veículo, conforme exemplos que indicou à fl. 40. Diz que o defendente não titubeia em lançar inverdades ao afirmar que somente agora teve ciência da existência do Passe Fiscal irregular, e que esta foi a primeira vez que teve ciência desta operação que não realizou, assegurando desconhecer o fato descrito no Auto de Infração. O autuante argumenta que o defendente faz uma confissão quando revelou que na condição de transportador de cargas efetuou a entrega das mercadorias em lugares diversos do indicado nos documentos fiscais que acobertava aquela operação até os estabelecimentos do Supermercado Atacadão. Contesta a alegação do autuado de que é vítima de perseguição e restrição à sua atividade empresarial, assegurando que, diante dos fatos, não existe alternativa além das alegações inconsistentes e sem fundamentos do defendente. Salienta que o Passe Fiscal é um instrumento à disposição do Fisco nas ações de fiscalização de mercadorias em trânsito, é inibidor de fraudes e sua prevenção, sendo emitidos mediante a apresentação dos documentos originais do DUT do veículo, da carteira de habilitação do motorista e dos documentos fiscais que acobertam a operação, na presença do condutor do veículo da empresa transportadora, que subscreve o documento, ficando comprovado que existiu a operação interestadual, podendo servir de base para a lavratura do Auto de Infração, se for o caso, objetivando impor sanção de ato ilícito. Informa que tais procedimentos se fundamentam nos arts. 26, II e IV; 28, I e VI; 39, I, “a” e 41, I, todos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Além disso, a autuação fiscal está amparada nos art. 959 e 960 do RICMS/BA; nos arts. 102 e 199 do CTN. Portanto, o autuante afirma que a ação fiscal contestada pelo contribuinte, encontra-se amplamente amparada em lei, não encontrando no presente processo, nenhuma procedência das pretensões do autuado. Pede a subsistência do Auto de Infração em lide.

Considerando que o autuante, em sua informação fiscal às fls. 36 a 42 dos autos, apresenta explicação em relação ao quadro societário do autuado e diz que foi atribuída responsabilidade tributária ao defendente, por sucessão, inexistindo nos autos qualquer comprovação neste sentido, esta Junta de Julgamento Fiscal, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para o autuante anexar a necessária comprovação de que o autuado é sucessor da empresa Bahia Bussines Comércio de Derivados de Petróleo e Serviços Ltda., constante do Passe Fiscal à fl. 07, objeto do Auto de Infração.

Em atendimento, o autuante informou às fls. 45/46, dados cadastrais das empresas Bahia Bussines Comércio de Derivados de Petróleo Ltda. e Tansposervs Transportes Ltda. Diz que às fls. 32/33 consta procuração com amplos poderes para os proprietários da empresa Bahia Bussines Comércio de Derivados de Petróleo e Serviços Ltda., a representar o autuado perante qualquer órgão estadual ou federal. Salienta que a empresa autuada faz uso do mesmo telefone da empresa Bahia Bussines Com Derivados de Petróleo e Serviços Ltda. com inscrição estadual nº 41.993.860, que fazem uso do mesmo e-mail, bem como disponibiliza dos serviços do mesmo motorista (fls. 11/12).

Intimado da informação fiscal, o autuado se manifestou às fls. 57/59, aduzindo que os dados cadastrais das empresas Bahia Bussines Comércio de Derivados de Petróleo e Serviços Ltda. e da Transposervs Transportes Ltda., bem como os contratos sociais juntados comprovam justamente o contrário do afirmado pelo autuante. Diz que tais documentos indicam que as referidas empresas têm sócios, endereço e atividades absolutamente distintas, sendo absurda a alegação do autuante de que as empresas fazem uso do mesmo e-mail, telefone e motorista. Diz que é impossível que as empresas utilizem o mesmo telefone, tendo em vista que possuem estabelecimentos em locais diversos, e que não há utilização do mesmo e-mail, considerando que tal forma de correspondência é pessoal de cada funcionário do autuado, sendo estranho o uso de correio eletrônico que não pertença ao peticionante. O defendente assevera que é empresa que realiza transporte de mercadorias, disponibiliza seus serviços, utilizando seus motoristas e não os de outra empresa, como aduz o autuante. Reafirma que prestou serviços à TACS COMISSÁRIA apenas para transportar uma carga de 25.000 kg de batatas congeladas que acabara de chegar no Porto de Salvador até os estabelecimentos do Supermercado Atacadão, sendo parte da mercadoria descarregada no estabelecimento localizado na Av. Barros Reis, nesta cidade, e o restante no estabelecimento localizado em Lauro de Freitas, e em nenhum momento foi contratado para transportar qualquer mercadoria ao Frigorífico descrito no Passe Fiscal. Reafirma que foi a primeira vez que teve contato com o Passe Fiscal em questão e teve ciência da operação no momento da lavratura do presente Auto de Infração. Afirmo que a Tacs Comissária utilizou-se indevidamente dos dados do impugnante para fraudar essa operação. Reafirma, também, que não realizou a operação descrita no Auto de Infração, mas sim, a operação de transporte de 25.000 kg de batatas congeladas através da Tacs Comissária ao Atacadão, responsáveis pela emissão do documento fraudulento. Finaliza, pedindo a extinção do presente Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS por falta de comprovação da saída do território baiano de mercadoria que transitou com Passe Fiscal de nº 2005.11.12.10.31/BUD4071-2, fl. 07, o que autoriza a presunção de que tenha ocorrido entrega da mercadoria neste Estado.

O RICMS-BA estabelece que o Passe Fiscal é utilizado pela Secretaria da Fazenda nos casos de mercadorias em trânsito neste Estado, destinadas a outra Unidade da Federação, sendo emitido quando da entrada da mercadoria no território baiano pelo primeiro Posto Fiscal de fronteira do percurso, ou onde tiver ingresso a mercadoria, e de acordo com o art. 959 do RICMS/97, o Passe Fiscal tem por finalidade identificar o responsável tributário, no caso de mercadoria destinada a outra unidade da Federação ou ao exterior, em trânsito pelo território baiano, que seja entregue ou comercializada neste Estado.

A baixa do Passe Fiscal ocorre pela saída das mercadorias através da repartição de fronteira do território baiano, e na hipótese do Passe Fiscal em aberto, sem qualquer indicação quanto às saídas das mercadorias deste Estado, é devido o respectivo imposto, haja vista que, de acordo com o caput do art. 960, do RICMS/97, a falta de comprovação, por parte do proprietário, condutor do veículo ou transportador da saída da mercadoria do território estadual, quando esta transitar

acompanhada de Passe Fiscal, autoriza a presunção de que tenha ocorrido a sua entrega ou comercialização no território baiano.

O autuado alega que em momento algum foi contratado para transportar qualquer mercadoria ao Frigorífico Pedra Bonita Ltda., descrito no Passe Fiscal em questão, e a primeira vez que teve contato com esse Passe Fiscal, bem como ciência desta operação, deu-se no momento em que foi autuado. Afirma que a empresa TACS COMISSÁRIA detinha todos os dados do impugnante, tendo em vista que foi contratado para transportar uma carga para o Supermercado Atacadão, e por isso, possuía placa do caminhão e a qualificação do motorista que fez o frete.

Observo que no Passe Fiscal objeto da autuação, consta como proprietário do veículo transportador o contribuinte BAHIA BUSSINES COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO E SERVIÇOS LTDA, CNPJ 00.486.262/0001-08, que se encontra inapto por processo de baixa indeferido, conforme dados cadastrais nesta SEFAZ à fl. 47 dos autos.

Na informação prestada às fls. 36/42 do PAF o autuante diz que foi atribuída responsabilidade tributária ao autuado por sujeição passiva indireta, por transferência ou por substituição em que a responsabilidade por sucessão é atribuída a outra pessoa, mesmo não vinculada ao fato gerador, salientando que a autuação foi realizada dois anos após a ocorrência do ilícito fiscal e só foi flagrado o autuado por transportar mercadorias obrigadas à emissão de controle por passe fiscal sendo acusado pelo sistema a partir da placa do veículo.

Em resposta à diligência requerida por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante informou que às fls. 32/33 que consta procuração com amplos poderes aos proprietários da empresa Bahia Bussines Comércio de Derivados de Petróleo e Serviços Ltda., para representar o autuado perante qualquer órgão estadual ou federal, e que o autuado faz uso do mesmo telefone da empresa Bahia Bussines Comércio de Derivados de Petróleo e Serviços Ltda. com inscrição estadual nº 41.993.860, que fazem uso do mesmo e-mail, bem como disponibiliza dos serviços do mesmo motorista.

Entendo que os elementos citados pelo autuante não comprovam a responsabilidade do autuado em relação ao Passe Fiscal objeto do presente lançamento. Não ficou caracterizado que se trata de uma incorporação, tendo em vista que a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, podendo ser operada em empresas de tipos iguais ou diferentes e deve ser deliberada na forma prevista nos respectivos estatutos ou atos constitutivos das sociedades, o que não ficou comprovado no presente PAF.

Assim, considerando que não houve qualquer comprovação nos autos de que houve a incorporação ou qualquer ato em que o autuado assumisse a responsabilidade pela BAHIA BUSSINES COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO E SERVIÇOS LTDA, os elementos constantes no presente processo não comprovam a responsabilidade do defendente em relação ao Passe Fiscal, e neste caso, foi exigido o imposto de empresa diversa, estando em desacordo com o estabelecido na legislação.

Vale salientar, que de acordo com o inciso II do § 1º do art. 960 do RICMS/97, o Auto de Infração para exigência do imposto e da multa correspondente, poderá ser lavrado em nome do proprietário da mercadoria, do condutor do veículo ou do transportador da carga.

No caso em exame, ficou comprovado que o veículo, seu proprietário e o motorista constam do Passe Fiscal em questão, mas não ficou caracterizada a responsabilidade do autuado em relação ao imposto devido, caracterizando-se ilegitimidade passiva, haja vista que o lançamento poderia ser efetuado inclusive em nome do condutor do veículo, devidamente identificado no mencionado Passe Fiscal, conforme previsto na legislação, já mencionado.

De acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício em que se configure ilegitimidade passiva. Assim, concluo pela nulidade da presente auuação fiscal e represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

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 114595.0022/07-3, lavrado contra **TRANSPOSERVS TRANSPORTES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR