

PROCESSO	- A. I. Nº 110526.0078/07-0
RECORRENTE	- ANTÔNIO DE CARVALHO MOSCATO (TRANSPORTADORA MOSCATO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0357-04/07
ORIGEM	- IFMT - DAT/METRO
INTERNET	- 23/03/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0027-11/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Transporte de mercadoria acompanhada de documentação fiscal imprópria para operação, vez que, acobertada pela ATRE – Autorização de Transporte em Regime Especial, emitida pela PETROBRÁS, documento extrafiscal substitutivo da nota fiscal, destinada ao produto asfalto, não se podendo estender às saídas de óleo extensor, como ocorreu. Pela especificidade da norma veiculadora do regime especial, seria impossível ao autuado (transportador) conhecer a impropriedade documental, não aparente, restando-o livre da sanção da conduta infracional. Acolhida a preliminar de nulidade. Recurso PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 4ª JJF – Acórdão JJF nº 0357-04/07 – que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o ICMS de R\$10.786,48 e multa de 100%, em razão da “*Utilização de documento que não é o legalmente exigido para a operação. Utilização de documento autorizado por regime especial para estabelecimento diverso*”. Ainda foi consignado na Descrição dos Fatos que: “*Em data, hora e local acima referidos constatamos as seguintes irregularidades: O transportador, acima indicado, realiza prestação de serviço de transporte de 25.490 (vinte e cinco mil e quatrocentos e noventa) Kg de óleo extensor coletados no estabelecimento da PETRÓLEO BRASILEIRO S/A insc. est. 00470856 acompanhada de documento de transporte em regime especial ATRE Nº 000854 cuja utilização foi autorizada por regime especial, à outras unidades da requerente de outros produtos no despacho concessivo. Obs.: A informação no documento, indevidamente utilizado, indica como destinatário a empresa INOQUÍMICA IND E COM LTDA, mas os dados são da empresa COMANCHE BIOCOMBUSTÍVEIS DA BAHIA LTDA, conforme certidões anexas.*”

A Decisão recorrida, que julgou o Auto de Infração Procedente, decorreu das seguintes considerações:

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS, do transportador, em decorrência da utilização de documento que não o legalmente exigido para a operação. Utilização de documento autorizado por regime especial para estabelecimento diverso.

Analisando os documentos que compõem o presente Auto de Infração verifico a ocorrência das seguintes irregularidades:

Consta na descrição dos fatos: primeiro - que a informação, no documento, indevidamente utilizado, indica como destinatária a empresa INOQUÍMICA IND E COM LTDA, mas os dados são da empresa COMANCHE BIOCOMBUSTÍVEIS DA BAHIA LTDA, conforme certidões anexas.

Segundo – que o transportador realiza prestação de serviço de transporte de 25.490 Kg de óleo extensor coletados no estabelecimento da Petróleo Brasileiro S/A, inscrição estadual 00470856 acompanhada de documento de transporte em regime especial ATRE nº 000854 cuja utilização foi autorizada, por regime especial à outras unidades da requerente na saída de outros produtos especificados no despacho concessivo.

Analisando a ATRE nº 000854, fl. 10, constato que a remetente Petróleo Brasileiro S/A, por meio do transportador autuado, está destinando o produto para o cliente INOQUÍMICA IND e COM. Ltda, no Município de Simões Filho, utilizando-se da inscrição estadual nº 48.612.504, e CNPJ nº 02.392.616/0001-80,

ambos pertencentes à Comanche Biocombustíveis da Bahia Ltda, conforme atesta os dados cadastrais da Secretaria de Fazenda, conforme INC – Informações do Contribuinte, fls. 22/24 do PAF.

Na peça defensiva o autuado reconhece que na emissão da nota fiscal nº 038535-3, de 18/06/2007, constou erroneamente a indicação da ATRE nº 894, ao invés da de número 854, mas que tal fato foi corrigido através da Carta de Correção, documento de fl. 66.

Contudo, verifico que o autuante tem razão quando ressaltou que as mercadorias objeto da autuação, acompanhadas da ATRE 854, foram coletadas em estabelecimento da Petrobrás, CNPJ 33000.167-0145-95, Inscrição estadual 00.470.856, na estrada de Madre de Deus, Suape, dados constantes naquele documento, e a nota fiscal apresentada para tentar provar a regularidade da operação, NF nº 38535-3, foi emitida por outro estabelecimento da Petrobrás, CNPJ 33.000.167/0143-23, inscrição estadual nº 09.073.803, situada na Rodovia BA Km 04, Mataripe, São Francisco do Conde. Tais documentos encontram-se às fls. 10, 13, 15 e 20 dos autos.

Deste modo, não há comprovação da regularidade do trânsito das mercadorias.

Portanto, incorrendo o transportador na hipótese do art. 39, I, “d” do RICMS, é responsável solidário pelo pagamento do imposto e dos acréscimos legais devidos, mormente quando o documento que acompanhou as mercadorias enquadra-se na norma contida no art. 209, IV, VI, do RICMS/97.

Infração comprovada.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 81 a 87 dos autos, preliminarmente, o recorrente arguiu que não tem legitimidade para figurar no pólo passivo da presente ação fiscal, cuja responsabilidade lhe foi atribuída, na condição de transportador, por, supostamente, conduzir mercadoria acompanhada de documentação fiscal inidônea (ATRE nº. 000854). Reputa legítimos os documentos que lhe foram apresentados e, sobretudo, confiando na correição dos procedimentos adotados pela empresa remetente, prestou o serviço para o qual foi contratado. Aduz que, se posteriormente restar comprovado que a unidade remetente da PETROBRÁS não tinha autorização para utilizar a ATRE na saída daquele determinado produto, o fisco terá toda a condição de responsabilizar o remetente por isso.

Ressalta que ao receber a ATRE, a qual, diferentemente do que foi alegado pelo autuante, foi emitida pela unidade de Madre de Deus, de onde efetivamente saiu o produto transportado, identificou o adquirente, o produto transportado e suas características, constatando que a PETROBRÁS operava sob regime especial, sendo tais informações suficientes para julgar idôneo o referido documento. Destaca que, ainda que tenha havido erro na emissão ou no preenchimento de tal documento, pela natureza da atividade do recorrente não teria condições de identificá-lo naquele momento.

Salienta que, por absurdo, persista tal cobrança, implicaria em cobrar novamente imposto que já foi recolhido pela PETROBRÁS, a responsabilidade pelo pagamento deverá ser deslocada para quem efetivamente lhe deu causa, no caso a PETROBRÁS, o que requer com fulcro no art. 39, § 3º, do RICMS.

Assim, requer a declaração de nulidade do Auto de Infração por vício insanável que lhe macula a validade.

No mérito, o recorrente aduz que tem como atividade principal o transporte rodoviário de carga e foi contratado pela INOQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA para transportar produto intermediário derivado de petróleo – óleo extensor – adquirido do PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS.

Ressalta que a operação estava acobertada pela ATRE - Autorização de Transporte em Regime Especial nº 000854, emitida pela PETROBRÁS, em 08/06/2007, com base no despacho concessivo de Regime Especial para emissão de documento extra-fiscal em substituição à nota fiscal, emitido pela Gerência de Orientação e Consultas Tributárias – GECOT, Processo nº 997.255/93, pelo qual resta perfeitamente demonstrado que a SEFAZ autorizou a empresa remetente a unificar as obrigações: principal e acessória, na inscrição da Refinaria Landulpho Alves (RLAM), uma vez que este estabelecimento é o maior contribuinte do ICMS (98%). Assim, concluiu que a PETROBRÁS tinha permissão para emitir a Nota Fiscal nº 038535-3 da unidade de São Francisco do Conde – como fez – utilizando-se de um sistema integrado de processamento de dados que lhe possibilita uma expressiva redução de custos, sem, contudo, causar qualquer embaraço a ação fiscal ou prejuízo para o erário.

Apresenta cópia dos documentos cedidos pela PETROBRÁS para comprovar o recolhimento do ICMS destacado na Nota Fiscal nº 038535-3, a exemplo de Registro de Saídas; Registro de Apuração do ICMS e Documento de Arrecadação Estadual. Salienta que, não obstante os erros materiais cometidos pela PETROBRÁS, a nota fiscal emitida não pode ser desconsiderada, ainda mais porque, no caso em tela, quem emitiu tem a legitimidade passiva para a cobrança pretendida pelo fisco.

Registra que, apesar dos erros materiais cometidos pela PETROBRÁS, nenhum prejuízo sofreu o erário estadual, uma vez que a operação de saída do óleo extensor da base da RLAM, por se tratar de produto intermediário derivado de petróleo, está, indiscutivelmente, acobertada pelo Regime Especial e o ICMS devido foi corretamente destacado na nota fiscal emitida, sendo improcedente o Auto de Infração.

Por fim, sustenta não proceder à infração, pois se fundamenta no art. 209, II, do RICMS, visto que o documento extrafiscal utilizado para o transporte do produto está respaldado pelo Regime Especial concedido à PETROBRÁS, não podendo ser caracterizado como documento inidôneo. Ademais a irregularidade apontada não torna o documento imprestável para o fim que se destina, já que é perfeitamente possível se identificar a operação realizada e o sujeito passivo da obrigação, até porque a ATRE nº 00854 segui-se da Nota Fiscal nº 038535-3, a qual evidencia, indubitavelmente, todos os elementos necessários ao controle do fisco, não podendo ser simplesmente descartada. Logo, defende o recorrente que, não há que se falar em violação ao disposto no art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo totalmente improcedente a imputação da respectiva multa, a qual também considera confiscatória por afrontar as garantias constitucionais do contribuinte. Pede o cancelamento da multa com base no art. 915, § 6º, do RICMS, pois restou comprovado que o contribuinte não teve a intenção de fraudar ou lesar o fisco. Junta diversos documento, às fls. 88 a 94, como prova de suas alegações.

A PGE/PROFIS em seu Parecer, à fl. 97, subscrito pela Drª. Maria Dulce Baleiro Costa, opina pela realização de diligência à Gerência de Petróleo para que esclareça a sistemática autorizada pela SEFAZ à PETROBRÁS e, nesse contexto, apresente mais elementos para que se possa concluir se a operação, objeto da autuação, foi regular ou não, do ponto de vista do transportador.

Às fls. 98 e 99 dos autos, o Procurador Assistente da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, com a devida vénia, discorda do Parecer retrocitado, sob a justificativa de que o documento de fls. 10 dos autos desborda do plano normativo firmado para o Regime Especial para transporte de combustível, especificamente definido no Regime Especial SEFAZ/DITRI/GECOT nº 2122/2004 (fls. 22/24), pois, conforme exposto no indigitado regime diferenciado, o documento extra-fiscal substitutivo da nota fiscal só poderia ser emitido pela PETROBRÁS nas saídas para seus clientes, saídas promovidas da base de Madre de Deus, do produto asfalto, não se podendo estender tal benefício às saídas de óleo extensor.

Portanto, entende a PGE/PROFIS que o documento que acobertou a operação de saída de óleo extensor da PETROBRÁS não poderia substituir a nota fiscal, porquanto não alcançado pelo citado Regime Especial. Contudo, em que pese restar claro a existência da conduta infracional, seria impossível imputá-la ao transportador, pois seria impossível ao sujeito passivo conhecer a inidoneidade documental pela especificidade da norma veiculadora do regime especial em epígrafe, restando impoluto a não existência de dolo na prática da conduta infracional, sendo um caso típico de inidoneidade documental não aparente e, portanto, livre das sanções do Estado.

Sustenta o ilustre procurador que não se pode exigir de mero transportador autônomo o conhecimento de norma tão específica, sendo a verdadeira responsável pela infração a empresa PETROBRÁS, contribuinte emitente do documento inidôneo. Opina pelo Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Da análise da imputação fiscal, verifico que a infração decorreu do fato de que:

1. a utilização do Regime Especial para emissão de ATRE foi autorizada a outras unidades do requerente na saída de outros produtos especificados no despacho concessivo;

2. a informação no documento, indevidamente utilizado, indica destinatário a empresa Inoquímica Indústria e Comércio Ltda., mas os dados são da empresa Comanche Biocombustíveis da Bahia Ltda.

Examinando as peças que integram o PAF, especialmente o documento de Autorização de Transporte em Regime Especial (ATRE) de nº. 000854, à fl. 10 dos autos, relativo ao modelo aprovado pelo Regime Especial SEFAZ DITRI/GECOT nº. 2122/2004, Processo nº 04745020045, o qual destinava a acompanhar o trânsito do produto até o destinatário dentro do Estado da Bahia, emitido pela PETROBRÁS, consignando como cliente: "Inoquímica Ind. e Com. Ltda" e como transportador: "Antonio de C. Moscato Ltda", corrobora com o entendimento do ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS, às fls. 98 e 99 dos autos, de que seria impossível ao transportador constatar a existência da inidoneidade documental, diante da especificidade da norma veiculadora do Regime Especial, sendo o caso típico de inidoneidade documental não aparente e, nesta condição, eximido o transportador das sanções legais, especialmente quanto à responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, que ora se exige, devido pelo contribuinte de direito.

Vislumbro plenamente justificável a alegação recursal de que o recorrente, ao receber a ATRE, identificou o adquirente, o produto transportado e suas características, constatando que a PETROBRÁS operava sob regime especial, sendo tais informações *suficientes* para julgar idôneo o referido documento, confiando como legítimos os documentos que lhe foram apresentados e, sobretudo, na correição dos procedimentos adotados pela empresa remetente.

Portanto, reitero que a suposta existência de tais erros na emissão ou no preenchimento deste documento, pela especificidade da norma veiculadora do Regime Especial, não teria o transportador qualquer condição de constatar inidoneidade da documentação fiscal, o que o impossibilita de ser responsabilizado solidariamente pelo pagamento do imposto supostamente devido pelo sujeito passivo.

Suponho que seria mais prudente à fiscalização de trânsito, no caso presente, por se tratar o remetente de um contribuinte suporte de receita, como também sob regime especial, substituir o documento extrafiscal para uma posterior averiguação, junto ao remetente, da regularidade da operação.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e declarar, no caso concreto, a ilegitimidade passiva do autuado, julgando NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 110526.0078/07-0, lavrado contra **ANTÔNIO DE CARVALHO MOSCATO (TRANSPORTADORA MOSCATO)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS