

A. I. Nº - 685712508
AUTUADO - ANTÔNIO DOS SANTOS
AUTUANTE - LUIS AUGUSTO PEIXOTO ROCHA
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 19/06/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0154-03/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Embora esteja evidente a irregularidade da situação das mercadorias, a autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, conforme indicado no Termo de Apreensão, onde foi identificado como detentor o transportador das mercadorias apreendidas, mas foi lavrado o Auto de Infração contra o motorista do veículo transportador. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/04/1994, refere-se à exigência de CR\$142.884,00 de ICMS, acrescido da multa de 150%, pelo transporte de seis cabeças de gato bovino transitando em Cardeal da Silva desacompanhados de documentação fiscal.

Consta no Termo de Apreensão de nº 015965 (fl. 33 dos autos): Seis novilhas com mais de doze meses de idade, em trânsito pelo centro do Município de Cardeal da Silva, transportadas no veículo de placa policial nº JV 5649, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, ficando as mercadorias apreendidas sob a guarda e responsabilidade da firma Francisco de Castro Nogueira, Fazenda Pajussara, Inscrição Estadual nº 32.862.351, conforme Termo de Depósito.

De acordo com o Termo de Início de Reconstituição (fl. 01), com fundamento no art. 139-A da Lei 3.956, de 11/12/1981 e nos arts. 119 e 120 do RPAF/99, foi iniciada em 08/08/2005 a reconstituição do presente PAF.

À fl. 38 dos autos, consta despacho PGE/PROFIS/CER informando que foi constatado que o Auto de Infração foi lavrado contra Antônio dos Santos, “não obstante os sistemas eletrônicos da SEFAZ apontem como autuado o contribuinte PRIMO RAMPINELLI NETO, conforme se vê nos extratos de consulta do SICRED de fls. 36 e 37”.

Conforme PARECER PGE/PROFIS Nº 193/2007 (fls. 44/45), após superados os trâmites próprios do processo de reconstituição, foi dado como reconstituído o processo original, que deve retomar o seu curso normal, na fase em que foi interrompido por força do extravio. Assim, foi determinado o retorno do PAF à Infaz de origem para intimar o contribuinte de que a reconstituição do processo foi concluída, abrindo-lhe o prazo de trinta dias para que efetue o pagamento do Auto de Infração ou apresente defesa.

Intimados o autuado e o depositário (fls. 49 e 51), o depositário, Sr. Francisco de Castro Nogueira, apresentou impugnação (fls. 54/55), alegando que a operação não tinha finalidade comercial, era uma simples mudança dos animais de uma fazenda para outra, e de acordo com o inciso III do art. 9º do RICMS/89, que transcreveu, não caberia a cobrança do ICMS por não existir fato gerador do imposto, considerando que os animais tinham menos de 24 meses, eram fêmeas para recria, em trânsito dentro do mesmo município de Cardeal da Silva. Alega, ainda, que se fosse devido o imposto, o débito já estaria extinto, considerando que o Auto de Infração foi lavrado há mais de 14 anos sem julgamento, e de acordo com o § 4º do art. 173 do CTN, são cinco

anos para homologação de débitos fiscais, a contar da ocorrência do fato gerador. Pede que seja cancelado o Auto de Infração, com sua extinção definitiva.

A informação fiscal foi prestada às fls. 59/61, pelo Auditor Fiscal Eloan da Silva Ferreira, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, que opinou pela procedência da autuação, dizendo que o diferimento alegado pelo defendente não se aplica ao caso em exame, tendo em vista que, de acordo com o Termo de Apreensão, o sujeito passivo não estava habilitado a operação no mencionado regime, e pela regra do inciso III do art. 318 do RICMS/89, a saída de gado bovino para outro contribuinte não inscrito ou não habilitado para operar neste regime encerra a fase do citado regime e o imposto deveria ser pago na forma do inciso II do § 3º do referido art. 318, que transcreveu.

VOTO

Inicialmente, quanto ao argumento do autuado que o débito já estaria extinto, considerando que o Auto de Infração foi lavrado há mais de 14 anos sem julgamento, não é acatada tal alegação defensiva, tendo em vista que a legislação estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 173, I do CTN, e no caso em exame o lançamento foi efetuado na época própria, o autuado foi considerado revel, por falta de pagamento do imposto exigido e não apresentação de defesa. Como houve extravio do PAF, o mesmo ficou paralisado, sendo reconstituído, e reaberto o prazo de defesa.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação. Portanto, fica rejeitada a preliminar de decadência.

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, tendo em vista que foi constatado transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias de nº 015965, à fl. 33.

O autuado alegou nas razões de defesa que a operação não tinha finalidade comercial, era uma simples mudança dos animais de uma fazenda para outra, e de acordo com o inciso III do art. 9º do RICMS/89, não caberia a cobrança do ICMS por não existir fato gerador do imposto, considerando que os animais tinham menos de 24 meses, eram fêmeas para recria, em trânsito dentro do mesmo município de Cardeal da Silva.

Observo que não há comprovação nos autos de que no momento da ação fiscal, o autuado exibiu nota fiscal para comprovar a regularidade da mercadoria encontrada, e o Termo de Apreensão constitui prova material da inexistência de documento fiscal.

Quanto ao regime de diferimento alegado pelo defendente, de acordo com o art. 10 do RICMS/89, vigente à época, o autuado somente poderia operar no mencionado regime na condição de adquirente ou destinatário, após requerer prévia habilitação perante a Inspeção Fiscal de seu domicílio fiscal. Portanto, se não houve comprovação de habilitação neste sentido, não se pode falar em diferimento do imposto em relação às mercadorias objeto da autuação fiscal.

No momento da apreensão deveria ser comprovada pelo contribuinte a regularidade das mercadorias encontradas, e conforme estabelece o § 6º do art. 318 do mencionado RICMS/89, “qualquer circulação de gado, no território deste Estado, far-se-á acompanhar de Nota Fiscal, Nota Fiscal Avulsa ou Nota Fiscal de Produtor”.

Por outro lado, de acordo com o art. 18, inciso V, do RICMS/89, vigente à época da autuação, são responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, qualquer pessoa física ou jurídica, em relação à mercadoria que mantiver em sua posse, desacompanhada de documentação fiscal exigível ou com documentação inidônea.

Observo que foi lavrado Termo de Apreensão à fl. 33 com a mesma descrição dos motivos determinantes da autuação, constando como transportador a empresa LTS AGROP. ADM E PART. LTDA., sendo identificado como motorista Antônio dos Santos, que é o próprio autuado. Assim, no mencionado Termo de Apreensão foi indicado como detentor das mercadorias apreendidas o transportador devidamente identificado.

Foi encontrada mercadoria em situação irregular, sem documentação fiscal, e neste caso, sem destinatário certo, sendo identificado o transportador, que é considerado pela legislação, solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos, em relação às mercadorias que conduzia sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino. Portanto, a exigência do imposto deve recair sobre o detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável, por estar com mercadoria desacompanhada de documento fiscal para a operação, e o Termo de Apreensão constitui prova material da irregularidade apurada.

Pelo que consta dos autos, a autuação contém um vício que afeta a sua eficácia, qual seja, a acusação fiscal se refere à realização de operações sem documentação fiscal, sendo foi lavrado o Auto de Infração contra o motorista do veículo transportador.

Observo que o motorista é um preposto do transportador, tendo em vista que assim é entendido, pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício, ou no caso de prestador de serviço profissional continuado. Portanto, não se pode caracterizar o motorista como responsável solidário pelo pagamento do tributo.

Vale ressaltar, 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 e o infrator (art. 18, IV, “a” do RPAF/99).

Concluo que é nula a autuação fiscal, devido à mencionada falha insanável, tendo em vista que embora esteja evidente a irregularidade da situação das mercadorias, a autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária.

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 **685712508**, lavrado contra **ANTÔNIO DOS SANTOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA