

A. I. N° - 944777600
AUTUADO - ACUMULADORES MOURA S/A
AUTUANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 15/12/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0323-03/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. A autuação deveria recair sobre o transportador, por responsabilidade solidária, tendo em vista que no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos consta a informação de que a mercadoria foi encontrada descarregando no depósito do autuado acompanhada pela Nota Fiscal nº 160967. Neste caso, ficou caracterizada a impossibilidade de exigência do imposto do autuado e do estabelecimento que figurava como destinatário da mercadoria. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 01/12/2009, refere-se à exigência de R\$38.240,31 de ICMS, acrescido da multa de 100%, pela entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 145930, constando a informação de que a mercadoria constante no DANFE 9453 foi encontrada num caminhão dentro da empresa autuada, em processo de descarga, ou seja, retirando a mercadoria do caminhão para a área interna do estabelecimento, tendo sido lavrado o Termo de Apreensão “in loco”, na Rua Pérola Negra nº 03, Galpão 03, bairro de itinga – município de Lauro de Freitas.

O autuado apresentou impugnação (fls. 18 a 30), alegando que ao contrário do que informou o autuante não houve a intenção comprovada de fraude, haja vista que ocorreu equívoco de sua parte ao descarregar a mercadoria em sua própria filial. Diz que houve erro na autuação fiscal, porque a base de cálculo contida na Nota Fiscal 9453, de R\$99.147,80 foi absolutamente desconsiderada pelo autuante, que utilizou como base de cálculo para a exigência do tributo o valor de R\$224.943,00. Além disso, alega que a alíquota utilizada no Auto de Infração foi 17%, quando na realidade deveria ser 12%, conforme estabelece o art. 50 do RICMS/BA. O defendente pede a nulidade do Auto de Infração, por entender que houve erro na apuração do montante exigido. Prosseguindo, fala da tempestividade da defesa e da suspensão do crédito tributário em discussão, transcrevendo o art. 964 do RICMS/BA e art. 151 do Código Tributário Nacional e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Volta a suscitar a nulidade do Auto de Infração, com base no art. 142 do Código Tributário Nacional. Comenta sobre a base de cálculo do imposto e sobre as alíquotas do ICMS, transcrevendo os arts. 23 e 50 do RICMS/BA e apresenta a definição de contribuinte, assegurando que o remetente da mercadoria não se enquadra em nenhuma das hipóteses de incidência da alíquota de 17%, e sim na hipótese de 12%, por se tratar de operação interestadual. Reafirma que houve equívoco do autuante na apuração do imposto exigido, dizendo que o valor constante no Auto de Infração é mais de três vezes maior do que o realmente devido, tendo sido apurado de forma contrária à legislação vigente neste Estado. Alega, ainda, que se deve observar o que determina o art. 129 do Código Tributário do Estado da Bahia, tendo em vista os equívocos apontados nas razões de defesa, e não há possibilidade de correção do Auto de Infração, devendo ser decretada a sua nulidade. Por fim, requer, em sede de preliminar, que seja declarada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nulo o Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 59 a 61 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o autuado, em sua defesa, confessa expressamente que descarregou a mercadoria transportada em estabelecimento diverso do indicado na documentação que a acobertava. Informa que os produtos destinavam-se à empresa FORD MOTOR COMPANY DO BRASIL LTDA, situada na Avenida Henry Ford 2000, Camaçari, Bahia e foram entregues na empresa ACUMULADORES MOURA S/A, estabelecida na Rua Pérola Negra, n.º. 03, Galpão 03, Itinga, Lauro de Freitas, Bahia (que ficou como fiel depositário), produzindo, em favor do Fisco, uma prova incontestável da correção do procedimento adotado.

Quanto à base de cálculo, informa que em se tratando de procedimentos afetos à Fiscalização de Tributos no Trânsito de Mercadorias, nos casos em que haja ausência ou inidoneidade de documento fiscal, como ocorreu no presente caso, a base de cálculo é a prevista no item 2 da alínea “b” do inciso V do art. 938 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, ou seja, o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência. Informa que adotou, na presente situação, em face da ausência de pauta fiscal, o preço médio apurado no mercado interno em três estabelecimentos que comercializam o produto, conforme documentos acostados ao PAF às fls. 08, 09 e 10 do PAF. Assegura que não houve erro na aplicação da alíquota uma vez que, a partir do momento em que se constatou a infração cometida pelo contribuinte, a cobrança do imposto deve ser feita com base nos ditames estabelecidos na legislação tributária do Estado da Bahia, que prevê, para as operações internas, a aplicação da alíquota de 17% sobre o valor (Art. 50 inciso I, “a” do RICMS/BA). Informa que não vislumbrou nenhuma condição de ser decretada a nulidade do presente Auto de Infração, já que os elementos essenciais à constituição do crédito tributário estão perfeitamente caracterizados nos documentos acostados ao PAF. Por fim, informa que para robustecer a certeza e pertinência do crédito tributário constituído, transcreve julgado deste CONSEF, que julgou procedente Auto de Infração que versa sobre a mesma matéria tratada neste PAF.

Analisado em pauta suplementar do dia 27/09/2010, os membros desta 3ª Junta de Julgamento Fiscal concluíram que o presente processo encontrava-se em condições de ser julgado.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, sob a acusação de que foram apreendidas 1060 baterias remetidas pelo estabelecimento matriz da empresa Acumuladores Moura S/A para a empresa FORD MOTOR COMPANY DO BRASIL LTDA., situada na Avenida Henry Ford 2000, Camaçari – Bahia, mas estavam em processo de descarga na empresa ACUMULADORES MOURA S/A, estabelecimento filial, situado na Rua Pérola Negra, n.º. 03, Galpão 03, Itinga, Lauro de Freitas, Bahia.

De acordo com o Termo de Apreensão, a mercadoria estava acompanhada pela Nota Fiscal Eletrônica n.º 9453, emitida pelo estabelecimento matriz, localizado na Rua Diário de Pernambuco, 195, cidade de Belo Jardim, Pernambuco, tendo como destinatário a empresa FORD MOTOR COMPANY DO BRASIL LTDA. O caminhão foi encontrado dentro da empresa Acumuladores Moura S/A, com a mercadoria transportada já em processo de descarga (retirada da mercadoria do caminhão para a área interna da mencionada empresa).

O autuado não nega o fato, alegando que ocorreu equívoco de sua parte ao descarregar a mercadoria em sua própria filial. Diz que houve erro na autuação fiscal, porque a base de cálculo contida na Nota Fiscal 9453, de R\$99.147,80 foi absolutamente desconsiderada pelo autuante, que utilizou como base de cálculo para a exigência do tributo o valor de R\$224.943,00. Além disso, alega que a alíquota utilizada no Auto de Infração foi 17%, quando na realidade deveria ser 12%.

As cópias do DNAFE e do Conhecimento de Transporte encontram-se comprovam que a mercadoria era destinada à FORD MOTOR COMPANY DO BRASIL LTDA, situada na Avenida Henry Ford, 2000, Camaçari – Bahia, esta

destinação para entrega da mercadoria em endereço e contribuinte diversos do indicado no documento fiscal.

No caso em exame, no Termo de Apreensão foi dito que o caminhão encontrava-se em processo de descarga, ou seja, retirada da mercadoria para a área interna do estabelecimento autuado. Portanto, se a mercadoria foi encontrada descarregando, o detentor ainda é o transportador, tendo em vista que a entrega ainda não se completou, e o destinatário não assumiu a responsabilidade pela mercadoria, ainda não podendo ser considerado o seu detentor.

Observo que apesar de o defendente não ter comprovado a regularidade das mercadorias, houve equívoco na lavratura do presente Auto de Infração, haja vista que o autuante descreveu como infração a entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal. Portanto, somente o transportador é que poderia fazer a mencionada entrega.

Pelo que consta nos autos, se depreende que o DANFE que acompanhava a mercadoria foi considerado inidôneo, porque foi constatada a entrega de mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal.

O art. 39, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA e o art. 6º, inciso III, alínea “a”, da Lei 7.014/96, estabelecem que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores em relação às mercadorias que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação fiscal correspondente.

Não ficou comprovado que o autuado deve ser considerado o sujeito passivo no presente Auto de Infração. Neste caso, está caracterizada a nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva, tendo em vista que de acordo com os dispositivos da legislação anteriormente citados, a autuação deveria recair sobre o transportador, inclusive, na hipótese de mercadoria transportada sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhada de documentação inidônea. Portanto, autuação deveria recair sobre o transportador, por responsabilidade solidária, tendo em vista que no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 145930 consta a informação de que a mercadoria foi encontrada descarregando no estabelecimento autuado.

Quanto à base de cálculo do imposto exigido no presente Auto de Infração, o autuante informou que em face da ausência de pauta fiscal, foi apurado preço médio da mercadoria no mercado interno, em três estabelecimentos que comercializam o produto, conforme documentos acostados às fls. 08, 09 e 10 do PAF. Entretanto, embora exista a possibilidade de ser a mesma mercadoria, os modelos indicados nos levantamentos efetuados pelo autuante não são os mesmos constantes no documento fiscal à fl. 05 dos autos, não comprovando a base de cálculo utilizada na apuração do débito, constituindo mais um motivo de nulidade da autuação fiscal.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração por ilegitimidade passiva, considerando que ficou caracterizada a impossibilidade de exigência do imposto do autuado e do estabelecimento que figurava como destinatário da mercadoria, além do fato de a base de cálculo não estar suficientemente comprovada nos autos.

Recomenda-se à autoridade competente para, mediante nova ação fiscal no estabelecimento destinatário, proceda à verificação da regularidade quanto às operações efetuadas com as mercadorias objeto da autuação fiscal e existência de valores a serem lançados, podendo o contribuinte, antes da nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade, eximindo-se de sanções.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 944777-600, lavrado por MOURA S/A.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA