

A. I. Nº 944563309/09
AUTUADO -ACUMULADORES MOURA S/A.
AUTUANTE -WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 29.12.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0365-05/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL. INIDONEIDADE. ENTREGA DE MERCADORIA EM LOCAL DIVERSO DO INDICADO NA DOCUMENTAÇÃO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Auto de Infração lavrado perante o contribuinte que não se encontrava na posse das mercadorias apreendidas. Responsabilidade imputável, em caso de infração à empresa transportadora. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 23.11.09, no trânsito de mercadorias, para exigir ICMS referente à seguinte imputação: “*Entrega de mercadorias a destinatário ou usuário diverso do indicado no documento fiscal*”. Base de cálculo: R\$ 220.573,60. Alíquota: 17%. ICMS: R\$37.497,51. Multa: 100%, capitulada no art. 42, inc. IV, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96.

Lavrado o TAO (Termo de Apreensão e Ocorrências) nº 145928 (fl. 2) para subsidiar o lançamento tributário, com o seguinte descritivo:

“A mercadoria acima descrita estava sendo acompanhada pela nota fiscal eletrônica nº. 8986, emitida por Acumuladores Moura S/A., CNPJ 09.811.654/0001-70, localizada na Rua Diário de Pernambuco, 195, cidade de Belo Jardim, Pernambuco, tendo como destinatário a Ford Motor Company Brasil LTDA., inscrição estadual nº. 51.852.847, estabelecida na Av. Henry Ford, 2000, Bairro Copec, Município do Camaçari/BA. Encontramos o caminhão com a carga retro mencionada, em um terreno ao lado da empresa, informada, onde, segundo o motorista Sr. Josenildo Luiz da Silva, aguardava o horário das 08:00 horas, abertura da empresa, para descarregar a mercadoria contida no caminhão. Este termo de apreensão foi lavrado “in locu”, sito à Rua Peróla Negra, nº. 03, Galpão 03, Bairro de Itinga, Município de Lauro de Freitas, Bahia.”

O contribuinte ingressou com impugnação, acostada às fls. 21 a 34 do PAF. Após fazer um relato dos fatos que motivaram a autuação e do enquadramento legal dado pelo autuante ao caso, o contribuinte, por meio de advogado (procuração anexa, fl. 36), sustenta, inicialmente, a tempestividade da petição defensiva.

Em seguida alerta para os efeitos que decorrem do ingresso da defesa administrativa, ressaltando que sejam paralisados quaisquer procedimentos tendentes à cobrança do crédito tributário, nos exatos termos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional e art. 964, do RICMS/Ba.

Ao ingressar no exame dos aspectos formais e materiais do lançamento, afirma a defesa que jamais houve por parte do contribuinte, ao contrário do que foi alegado pelo agente autuante, a intenção de cometer qualquer fraude fiscal, isso porque, as mercadorias objeto do lançamento sequer chegaram a ser descarregadas nas dependências da empresa, e, embora tenha o motorista do caminhão informado que descarregaria a carga, ao ingressar no estabelecimento empresarial, foi orientado a destinar o produto para a Ford Motor Company Brasil Ltda., sediada em Camaçari-Ba, conforme indicado na NF-e (DANFE nº 8986). Disse que, sem o descarregamento não há que se falar em ilícito tributário. Acrescenta, mais à frente, que a autuada é um estabelecimento filial da remetente e que o motorista do caminhão carga no destinatário indicado no documento fiscal.

Argumenta que um lançamento tributário não pode ser constituído com base em mera suposição, estando o Auto de Infração em exame sustentado numa informação dada pelo motorista do caminhão que sequer é funcionário da empresa autuada, não podendo assim expressar qualquer posicionamento em nome desta.

Cogita que, ainda se a mercadoria fosse descarregada no galpão da empresa, tal operação deveria ser considerada como transferência, visto que os produtos não sofreriam qualquer alteração no destinatário, mas tão-somente seu reacondicionamento e, a base de cálculo seria muito inferior àquela anotada no Auto de Infração, já que considerar-se-ia, para tanto, o valor de custo, conforme previsão normativa do RICMS/Ba, (art. 56, inc. V).

Observa, ainda, no tocante à base de cálculo, a ocorrência de erro no lançamento, posto que a base impositiva utilizado não considerou os dados da nota fiscal nº 8986, no importe total de R\$ 102.714,40 (cento e dois mil, setecentos e quatorze reais e quarenta centavos), tendo o agente autuante fixado valor completamente distinto, correspondente à cifra de R\$ 220.573,60 (duzentos vinte mil, quinhentos e setenta e três reais e sessenta centavos). Pondera que tal diferença representa de mais 100% do valor do tributo, constituindo, segundo o autuado, um verdadeiro absurdo. Contesta também a alíquota de 17% (dezessete por cento) utilizada no Auto de Infração, pois entende que no lançamento deveria ter adotada a alíquota de 12% (doze por cento), nos exatos termos do art. 50, do RICMS/BA, norma cujo teor transcreveu na peça defensiva.

Vislumbra, diante dessas discrepâncias, que o Auto de Infração padece de nulidade absoluta, por contrariar a legislação, mas, especificadamente, as determinações dos art. 129, § 4º, do COTEB/Ba (Lei nº 3.956/81) e o art. 142, do CTN. Fundamenta o petitório nas disposições normativas citadas e em lições doutrinárias transcritas na peça de defesa.

Pede a defesa, ao finalizar a peça impugnatória, que seja declarada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, III, do CTN) e, no mérito, a nulificação do lançamento, em vista dos erros no tocante à quantificação do imposto.

A Informação Fiscal foi prestada às fls. 60 a 62 dos autos. O agente autuante, após fazer uma síntese das alegações defensivas, contesta toda a impugnação nos seguintes termos:

1 - o autuado, em sua defesa, alega que a mercadoria “sequer chegou a ser descarregada nas dependências da empresa”. O caminhão com a carga, que ora discutimos, foi encontrado as 07:00 da manhã em um terreno ao lado da empresa Acumuladores Moura S/A, aguardando o horário de abertura da empresa (08:00 horas). Na folha 03 do presente processo, há uma declaração assinada pelo motorista que transportava o referido carregamento, de que o mesmo seria descarregado na rua Pérola Negra, 03, galpão 03, bairro de Itinga, município de Lauro de Freitas, endereço da empresa Acumuladores Moura S/A, neste Estado, (que ficou como fiel depositário das mercadorias) produzindo, em favor do fisco, uma prova incontestável da correção do procedimento, muito embora a nota fiscal que acompanhava as mercadorias indicassem, claramente, que o destinatário dos produtos era a empresa FORD MOTOR COMPANY DO BRASIL LTDA, situada na Avenida Henry Ford 2000, Camaçari, Bahia;

2 - a forma de apuração da base de cálculo do ICMS, 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 – é o que aconteceu no vertente caso - prevista no item 2 da alínea “b” do inciso V do art. 938 do Regulamento, 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 (adotamos, 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. 06, 07 e 08); nestas condições, im procedem as alegações do Autuado.

3- 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 e que prevê, para as operações internas, a aplicação da alíquota de 17% sobre o valor da operação (Art. 47, inciso II, alínea “a” e art. 50 inciso I, “a” da Lei 7.014/96), sendo inconsistentes, dessa forma, as argumentações trazidas à baila pelo Autuado;

4 – como já explicitado nos itens 2 e 3 da presente, não vislumbramos ne nulidade do presente Auto de Infração, já que os elementos essenciais à

estão perfeitamente caracterizados nos documentos acostados ao PAF e que objetivam à sua instrução (e que, em momento algum, foram objeto de comentário ou contestação por parte do impugnante).

À guisa de robustecer a certeza e legalidade do crédito constituído, o autuante transcreveu na peça informativa, julgado deste CONSEF, relativo ao Acórdão nº 0088-01/10, atinente à inidoneidade de documento fiscal em caso de entrega de mercadoria em local diverso do indicado no corpo da nota fiscal.

Requeru o agente autuante, ao final, que o Auto de Infração seja julgado totalmente Procedente.

Na assentada de julgamento o patrono da empresa, em acréscimo às razões defensivas articuladas na inicial, suscitou preliminar de nulidade do Auto de Infração, por ilegitimidade passiva, ao argumento de que o lançamento deveria ter sido formalizado perante a empresa transportadora. Entende que tendo a carga sido encontrada pelo fisco na posse do condutor das mercadorias, havendo alguma infração à legislação tributária, a responsabilidade seria da transportadora.

VOTO

No presente Auto de Infração é exigido ICMS com a imputação de *“Entrega de mercadorias a destinatário ou usuário diverso do indicado no documento fiscal”*.

Verifico nos autos que a carga apreendida pelo agente fiscal se encontrava no caminhão, em poder da empresa Transportadora Bitury Ltda (CTRC nº 0047201 – fl. 10 do PAF), no momento da ação fiscal, que se verificou em um terreno sito na Rua Peróla Negra, nº. 03, Galpão 03, Bairro de Itinga, Município de Lauro de Freitas, Bahia, endereço onde se localiza a empresa Acumuladores Moura S/A, filial, neste Estado, da empresa remetente situada em Pernambuco. O documento fiscal que acobertava a carga de baterias automotivas era o DANFE (NF-e nº 8996), tendo por destinatário a empresa Ford Motor Company Brasil Ltda, Inscrição Estadual nº. 51.852.847, estabelecida na Av. Henry Ford, 2000, Bairro Copec, Município do Camaçari/Ba.

Para lastrear a acusação fiscal o autuante obteve do condutor da carga a declaração, juntada à fl. 3 dos autos, com afirmação de que as mercadorias seriam descarregadas no endereço da empresa Acumuladores Moura S/A, em Lauro de Freitas-Ba.

Do quanto exposto, observo que há dois aspectos de ordem fática que devem ser enfrentados preliminarmente: 1º) a carga de baterias foi apreendida em poder da empresa transportadora quando ainda não havia sido formalmente entregue à empresa autuada, não se processando, portanto, a tradição da coisa; 2º) somente após a autuação, assumiu o estabelecimento autuado a condição de depositário das mercadorias.

Nesta situação vislumbro dois óbices à manutenção da exigência fiscal: 1º) a infração tributária alegada na peça acusatória, no tocante à autuada, não se consumou, visto que a carga sequer havia-lhe sido entregue no momento da apreensão; 2º) a responsabilidade pelo possível desvio de rota da carga, naquela ocasião, deveria ter sido atribuída à empresa transportadora.

Esclarecendo melhor a questão: o fato do caminhão da transportadora se encontrar estacionado próximo ao endereço da empresa autuada não gera para esta a responsabilidade tributária enquanto não houver a entrega da coisa. No que tange à declaração do motorista da transportadora, com a afirmativa de que as mercadorias seriam entregues no endereço da Acumuladores Moura S/A, em Lauro de Freitas-Ba, não pode este documento fazer prova contra o autuado, visto ser declaração firmada por preposto de outro contribuinte. Não houve o perfazimento do fato gerador com a tradição das mercadorias. Portanto, não consumada a infração perante o estabelecimento autuado.

Nesta situação, se havia alguma infração a ser imputada a alguma transportadora, visto que as mercadorias ainda se encontravam na p

Vislumbro, portanto, no presente caso, caracterizada a ilegitimidade passiva do estabelecimento autuado, conforme suscitado pelo patrono da empresa na sessão de julgamento do presente PAF, aplicando-se à situação em exame as disposições do art. 18, inc. IV, letra “b”, do RPAF/Ba.

Diante desse vício do procedimento fiscal, fica prejudicado o exame das questões de mérito suscitadas na peça defensiva, em especial aquelas atinentes à base impositiva e alíquotas, prevalecendo neste caso o aspecto formal acima enfocado.

Assim, considerando o quanto exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando à autoridade administrativa que avalie a possibilidade de renovar a ação fiscal a salvo das falhas acima apontadas, a fim de verificar se houve de fato descumprimento de obrigação tributária frente à Fazenda Pública Estadual.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **944563309/09**, lavrado contra **ACUMULADORES MOURA S/A**. Recomenda-se que autoridade administrativa avalie a possibilidade de renovar a ação fiscal a salvo das falhas apontadas.

Esta Junta recorre de ofício da presente 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR