

PROCESSO - A. I. N° 0944563309/09
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ACUMULADORES MOURA S/A. (BATERIAS MOURA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF n° 0365-05/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 22/09/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0280-11/11

EMENTA: ICMS. ENTREGA DE MERCADORIA EM LOCAL DIVERSO DAQUELE INDICADO NA DOCUMENTAÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO ANTES DA OCORRÊNCIA DO ILÍCITO TRIBUTÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. Ficando devidamente comprovado nos autos que o Auto de Infração foi lavrado antes da ocorrência do ilícito tributário, a improcedência é medida que se impõe, uma vez que a prova da ocorrência da infração é elemento indispensável à instrução do procedimento administrativo fiscal. Decretada, de ofício, a **IMPROCEDÊNCIA** da autuação. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Processo foi encaminhado a esta CJF, na forma de Recurso de Ofício, para exame da Decisão exarada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, constante do Acórdão JJF n° 0365-05/10, que julgou Nulo o Auto de Infração n° 944563309/09, lavrado em 23/11/2009, o qual reclama a cobrança do ICMS, no valor de R\$37.497,51, com aplicação da multa 100%, decorrente da imputação de entrega de mercadorias a destinatário ou usuário diverso daquele indicado no documento fiscal. Para subsidiar o lançamento foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências - TAO n° 145928 (fl. 2).

O autuado, tempestivamente, formalizou sua impugnação (fls. 21 a 34), argumentando, enfaticamente, que jamais houve, de sua parte, 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 as descarregaria, foi orientado, ao ingressar no estabelecimento empresarial, a destinar o produto para a Ford Motor Company Brasil Ltda., sediada em Camaçari-Ba, conforme indicado na NF-e (DANFE n° 8986).

Assim, sustentou que sem o descarregamento não havia de se falar em ilícito tributário, acrescentando, ainda, que o autuado é um estabelecimento filial da remetente e que o motorista do caminhão seria orientado a entregar a carga no endereço do destinatário indicado no documento fiscal.

Aduziu, também, que, se a mercadoria fosse descarregada no galpão da empresa, tal operação deveria ser considerada como transferência, sendo a base de cálculo muito inferior àquela adotada no Auto de Infração, além de que foram desconsiderados os dados constantes da Nota Fiscal n° 8986 quando da composição da aludida base.

Ao finalizar, requereu a nulificação do lançamento, em vista dos erros constatados na quantificação do imposto.

Na informação fiscal (fls. 60/62), o autuante, inicialmente, apresentou um sumário das alegações defensivas, para, em seguida, contestar todos os argumentos da impugnante, mantendo integralmente a autuação.

Esclareceu que: “*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 indicasse, claramente, que o destinatário dos produtos era a empresa FORD MOTOR COMPANY DO BRASIL LTDA., situada na Avenida Henry Ford 2000, Camaçari, Bahia.*”

Confirmou como correta a forma de apuração da base de cálculo, e para chancelar a legalidade do crédito constituído transcreveu a Ementa do Acórdão JJF nº 088-01/10, deste CONSEF.

Finalizou, requerendo o julgamento pela total procedência da autuação.

Na oportunidade do julgamento de primeira instância, o advogado representante da empresa, em sustentação oral, suscitou a preliminar de nulidade do Auto de Infração, por ilegitimidade passiva, ao argumento de que o lançamento deveria ter sido formalizado perante a empresa transportadora, argumentando que tendo a carga sido encontrada pelo fisco na posse do condutor das mercadorias, se existente alguma infração à legislação tributária, a responsabilidade teria de ser atribuída à transportadora.

Através do Acórdão JJF Nº. 0365-05/10, o Auto de Infração foi julgado Nulo, fundamentando o relator o seu voto, na linha de que a infração tributária alegada na peça acusatória, no tocante ao autuado, não se consumou, visto que a carga, no momento da apreensão, sequer a ela havia sido entregue e que a responsabilidade pelo possível desvio de rota da carga, naquela ocasião, deveria ser atribuída à empresa transportadora.

Esclareceu que o fato do caminhão da transportadora se encontrar estacionado próximo ao endereço da empresa autuada não gerava para esta a responsabilidade tributária enquanto não houvesse a entrega da coisa, aduzindo que quanto à declaração do motorista da transportadora, afirmado que as mercadorias seriam entregues no endereço da Acumuladores Moura S/A, em Lauro de Freitas-Ba, não serviria tal documento como prova contra o autuado, porquanto declaração firmada por preposto de outro contribuinte.

Decidiu, então, a JJF pela nulidade sob os seguintes fundamentos:

“Nesta situação, se havia alguma infração a ser imputada a alguém, seria junto à empresa transportadora, visto que as mercadorias ainda se encontravam na posse do condutor.

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 imponível 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.”

Pela desoneração do sujeito passivo ultrapassar o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “I”, do RPAF/99, a 1ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

O Conselheiro José Franklin Fontes Reis, por ter participado do julgamento de primeira instância, declarou-se impedido para discutir e votar no presente Recurso de Ofício.

VOTO

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 5ª JJF que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS referente à exigência do imposto e multa de 100% e correlato

recolhimento, decorrente da imputação formalizada como entrega de mercadorias a destinatário ou usuário diverso daquele indicado no documento fiscal, sendo a irregularidade apurada por meio da fiscalização de trânsito de mercadorias, constando da procedimentalidade o Termo de Apreensão (fl. 2), indicando a retenção das mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 8.986, emitida por ACUMULADORES MOURA S/A – MATRIZ, com sede no Estado de Pernambuco, destinada à Ford Motor Company Brasil Ltda., sediada no município de Camaçari, Estado da Bahia.

Consoante relatado, a Decisão recorrida acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva, suscitada pelo sujeito passivo, frisado o fato relevante para o deslinde do julgamento de que o próprio auditor autuante, no lançamento da imputação (fl. 01 do próprio Auto de Infração), elegeu como infração cometida, a ***"Entrega de mercadoria ou serviço prestado a destinatário ou usuário diverso do indicado no documento fiscal"*** (destaque do Relator).

Sucede que, da análise dos autos, sobretudo dos papéis de trabalho que instruem a autuação, verifica-se que a conduta que caracterizaria o ilícito tributário não chegou a consolidar-se, uma vez que, consoante a declaração prestada pelo transportador de fl. 03, a mercadoria seria entregue no estabelecimento autuado, mas não chegou a ser entregue, até porque, no momento da ação fiscal, o estabelecimento do autuado estava fechado, como declarado pelo próprio autuante.

Em outras palavras, a prova que lastreia a acusação é no sentido de que o ilícito ocorreria num momento futuro. Entretanto, apenas com a ocorrência do ilícito é possível proceder à lavratura do Auto de Infração e, mesmo assim, observando-se claramente a conduta de cada partícipe da operação, para fins de lhe atribuir a conduta correta: ao transportador, se fosse o caso, poderia ser atribuída a infração constante deste auto (entrega de mercadoria em destinatário diverso); ao destinatário, uma vez recebida a mercadoria, somente lhe poderia ser atribuída a infração concernente à posse de produtos desacompanhados de documentação fiscal, já que a nota faz referência a destinatário diverso.

Assim, constato que, efetivamente, o autuante, ao instaurar a ação fiscal, em 23/11/2009, imputou à autuada uma infração que ainda não havia ocorrido, logo, em que pese a conclusão adotada pela JJF, de nulidade do lançamento de ofício por ilegitimidade passiva, toda a fundamentação constante do voto leva à conclusão pela improcedência.

Ressalte-se, ainda, que o acórdão invocado pelo autuante como elemento robustecedor da legalidade do crédito constituído, ao contrário do que pretendia, confirma, a *contrariu sensu*, a improcedência desta autuação, uma vez que exige a prova da entrega da mercadoria ao destinatário diverso, para que seja possível manter a acusação fiscal, o que ocorreu naquele processo, e não neste.

Face o exposto, decreto, de ofício, a IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração, tendo em vista que o ilícito tributário, no momento da lavratura do Auto de Infração, ainda não havia ocorrido, e julgo PREJUDICADO o Recurso de Ofício apresentado pela 5ª JJF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso de Ofício apresentado e, de ofício, decretar a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração nº 0944563309/09, lavrado contra ACUMULADORES MOURA S/A. (BATERIAS MOURA).

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS