

PROCESSO - A. I. Nº 0944563309/09
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ACUMULADORES MOURA S/A. (BATERIAS MOURA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0365-05/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 22/09/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 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 nº 0365-05/10, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 indicassem, 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 cancelar 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, afirmando 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 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.”

Pela desoneração do sujeito passivo ultrapassar o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, 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).

Sucedendo 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