

PROCESSO - A. I. Nº 0944828450/09
RECORRENTE - ELIAS RIBEIRO DE LIMA FILHO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0205-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 07/10/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0312-12/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. MERCADORIAS EM TRÂNSITO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Restou caracterizado vício que inquina de nulidade o lançamento: Ilegitimidade passiva, tendo em vista que a autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** Auto de Infração. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª JJF, que através do Acórdão JJF Nº 0205-01/10, julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 18/12/2009, no valor de R\$ 9.766,97, em decorrência da apreensão de diversas mercadorias (biscoitos) transportadas e desacompanhadas de documentos fiscais, conforme termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos à fl. 02.

Os julgadores da Primeira Instância administrativa, ao analisarem a impugnação interposta pelo sujeito passivo, inicialmente afastaram a preliminar de nulidade de que a acusação foi descrita com imprecisão, falta de segurança na determinação da infração, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado com observância dos requisitos legais, permitindo pelo lançamento de ofício, o nascimento da obrigação tributária e, ao mesmo tempo, em que possibilita a impugnação do lançamento por parte do autuado, além do que, os elementos constantes do processo demonstram a motivação da autuação.

No mérito, a JJF entendeu que o autuado é o transportador, responsabilizado solidariamente pelo pagamento do imposto, uma vez que aceitou transportar mercadorias (biscoitos), relacionados no anexo ao Termo de Apreensão, fl. 03, sem a documentação fiscal comprobatória de sua procedência, nos termos do art. 39, I, “d”, RICMS BA.

Ressaltou que as mercadorias apreendidas não se faziam acompanhar do documento fiscal tradicional, porque a mencionada operação teria sido efetuada através da Nota Fiscal Eletrônica nº 41.297, emitida em 17.12.09. Para fazer prova de tal assertiva, o autuado juntou aos autos, cópia do espelho do documento fiscal, fls. 13/16, extraído do Portal da Nota Fiscal Eletrônica, evidenciando sua emissão antes da lavratura do presente Auto de Infração, o que foi acatado pelo fiscal autuante tendo em vista que o Romaneio de Entrega 313850, emitido em 17.12.2009, fl. 47, apesar de documento extrafiscal, já mencionava o número da nota fiscal eletrônica, evidenciando também que a emissão do documento fiscal precedeu à lavratura do Auto de Infração.

Entretanto, efetuada a comparação entre as mercadorias apreendidas discriminadas no Termo de Apreensão nº 301242, fls. 02/03 e aquelas mencionadas na Nota Fiscal Eletrônica nº 41297, apesar de equivalência na sua descrição, não se foi possível assegurar que se tratam das mesmas mercadorias, tendo em vista que são completamente divergentes em suas quantidades, podendo inclusive ser facilmente substituída, em razão do grau de fungibilidade dos produtos apreendidos, já que se trata de diversos tipos de Biscoitos.

Assim, a JJF concluiu que restou caracterizada a exigência fiscal de trânsito de mercadorias sem se fazer acompanhada de documento fiscal.

Em sede de Recurso Voluntário, às fls. 71/82, o recorrente preliminarmente ratifica o pedido de nulidade sob o argumento de que o lançamento não foi descrito de forma clara e precisa, gerando dúvidas acerca da real acusação (operação sem documento fiscal ou documento fiscal considerado inidôneo), cerceando o seu direito de ampla defesa e do contraditório.

No mérito, diz não entender qual foi o procedimento adotado pelo autuante no que diz respeito ao levantamento da quantidade descrita no Termo de Apreensão uma vez que as mercadorias constantes na Nota Fiscal Eletrônica nº 41297 são exatamente as transportadas e apreendidas.

Argui que outro ponto que reforça a improcedência da autuação é a base de cálculo utilizada pelo autuante para apurar o imposto devido, já que foi considerado o valor da nota fiscal considerada “inidônea”, acrescida da margem de agregação de 30%. Neste caso, como o autuante utilizou a mesma base da nota fiscal para calcular o imposto, apenas acrescentando a margem de valor agregado, chega-se à conclusão que as quantidades transportadas eram as mesmas inseridas na nota fiscal, caso contrário o valor seria maior.

Aduz que a nota fiscal em questão não apresenta qualquer elemento que a torne inidônea, sendo descabida a acusação de não emissão de nota fiscal ou emissão de nota fiscal inidônea. Reitera que a nota fiscal existe eletronicamente, e que foi emitida em 17/12/2009, às 03:22 através do Protocolo de Autorização de Uso nº 126090023383509, conforme consta nos autos.

Alega, ainda, não compreender que elementos foram considerados para que a Nota Fiscal Eletrônica nº 41297 fosse considerada inidônea e em que hipótese de inidoneidade, dentre as relacionadas no art. 209 do RICMS/BA, foi enquadrada a referida nota fiscal eletrônica (NF-e/DANFE).

Argui ainda que não houve má fé quando inicialmente forneceu a chave de acesso a NF-e errada, a partir da apresentação trocada do Documento Auxiliar da NF-e (DANFE), assim como não poderia ser acusado de transportar mercadoria sem nota fiscal ou com nota fiscal inidônea, porque a NF-e foi regularmente emitida.

Admite a existência de erro, mas garante que não houve nenhum prejuízo para o Estado da Bahia, porque a operação realizada (transferência entre estabelecimentos da mesma empresa), foi regularmente formalizada com a prévia emissão da NF-e, conforme consta dos registros magnéticos do Fisco.

Invoca a aplicação do benefício da dúvida, do art. 112, CTN, citando decisões do STF, sob o argumento de que, alguma dúvida restar, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em epígrafe.

Requer a nulidade do Auto de Infração em razão do cerceamento ao seu direito de defesa, ou alternativamente a Improcedência da exigência fiscal.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS para emissão de Parecer, o procurador Dr. José Augusto Martins Júnior opinou pelo não acolhimento da arguição de nulidade por insegurança da imputação pois conforme exposto da Decisão de base a descrição da conduta infracional seguiu os requisitos previstos na legislação, tendo sido minuciosamente rechaçada e, conseqüentemente compreendido o lançamento.

No mérito, concluiu não restar dúvida que existiu a emissão da NF-e antes da lavratura do Auto de Infração, entretanto, o que a autuação verificou é o transporte de mercadoria desacompanhada de documento fiscal o que restou provado em razão da dissonância entre a quantidade de produtos testificados na Nota Fiscal Eletrônica e a descrita no Romaneio de Entrega nº 313850.

Aduz que ficou evidente nos autos que apesar da existência documental fiscal atinente a uma parcela das mercadorias transportadas, não existe a documentação relativa a uma parcela não identificada na NF-e, cujo valor sobejava ao descrito no documento fiscal.

Ressaltou o Sr. procurador “*que poder-se-ia afirmar que a imputação seria de transporte de mercadorias acompanhadas de Nota Fiscal inidônea, contudo, tendo em vista que na certificação do trânsito não existia documento a dar suporte ao transporte, em especial DANFE ou NF-e, documentação esta carreada aos autos após a lavratura do auto, não se poderia impor ao autuante conhecimento desta nuance, amoldando-se a conduta do autuado a descrição infracional do transporte de mercadoria acompanhada de documentação fiscal inidônea, em razão do descompasso entre o montante de mercadorias descritas no documento fiscal e as mercadorias efetivamente transportadas no momento da fiscalização de trânsito.*”

Opinou então pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

VOTO

É objeto de Recurso Voluntário a Decisão da primeira instância que manteve o lançamento tributário tal como originalmente realizado, julgando o Auto de Infração Procedente.

A acusação fiscal refere-se à falta de recolhimento do ICMS em decorrência da apreensão diversas mercadorias (biscoitos) transportadas e desacompanhadas de documentos fiscais, conforme termo de Apreensão de Mercadorias nº 301242 anexo à fl. 02.

Compulsando os autos, verifico que há grave problema nesta autuação, tendo em vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma equivocada, pois de acordo com o Termo de Apreensão de Mercadorias, anexado à fl. 02, o autuado, Sr. Elias Ribeiro de Lima Filho, era tão somente o motorista do veículo utilizado para transporte das mercadorias apreendidas, enquanto que a empresa transportadora, segundo o Termo de Apreensão, foi Fast Express Transp. Ecol. Ltda. CNPJ 03.939.581/0001-00, que está identificada como a real transportadora das mercadorias apreendidas, contra quem deveria ter sido lavrado o Auto de Infração, caracterizando, portanto, a ilegitimidade passiva, nos termos do art. 6º, II, “d” da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

Art. 6º. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

III- os transportadores em relação às mercadorias

d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória der sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

Pelo exposto, e ante a existência de flagrante vício no procedimento fiscal, voto, de ofício pela decretação da NULIDADE do Auto de Infração, consequentemente, resta PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e, de ofício, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **0944828450/09**, lavrado contra **ELIAS RIBEIRO DE LIMA FILHO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPRS.PGE/PROFIS