

A. I. N° - 2103130026095
AUTUADO - ISAAC LEITE SILVA
AUTUANTE - NOÉ AMÉRICO MASCARENHAS FILHO
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET 04.04.2011

5ª. JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0051-05/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. A autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, que na condição de motorista não estava obrigado a emitir a nota fiscal eletrônica. Se imprescindível a utilização de tal documento, no presente caso, a responsabilidade legal recairia em relação ao emitente, é ele quem deve ser punido e não o transportador. A pena está associada à pessoa do infrator, não podendo uma pessoa cometer uma infração, e outra ser punida pelo ato. Acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/11/09, lança crédito tributário de ICMS no valor de R\$8.165,10, acrescido da multa de 100%, por ter sido constatado pela fiscalização de trânsito a circulação de mercadorias acobertada por documento fiscal que não o legalmente exigido para a operação.

No campo da descrição dos fatos, foi informado que as mercadorias estavam transitando no caminhão de plac a JMF 7601 conduzidas pelo motorista Isaac Leite Silva, com as Notas Fiscais n^{os} 0000759, 0000760, 0000761, 0000762 e 0000763 inidôneas, porque a atividade da empresa é FABRICAÇÃO DE PRODUTOS DE METAL, estando desde o dia 01/09/2009 obrigado a emitir nota fiscal eletrônica (NFE) nos termos do art. 231-P, inciso IV, alínea “AL,” do RICMS/BA e porque a natureza da operação é venda e não simples remessa.

O autuado apresenta defesa, às fls.26 a 41, reproduz os termos da imputação, e os dispositivos das infrações cometidas, suscita nulidade do Auto de Infração por irregularidade na intimação, alegando que a intimação não foi recebida por representante legal do autuado. Desenvolve longo arrazoado sobre as modalidades de citação. Aduz que no presente caso, a pessoa indicada no AR de fl. 20, não possui poderes para representá-lo.

Teceu alguns comentários sobre os efeitos da revelia, citando dispositivos do Código de Processo Civil. Suplica, no caso de ser considerado revel que deva ser analisado o seu aspecto formal e material, a fim de evitar vícios e ilegalidades no processo.

Entende que o Auto de Infração é nulo por inexistência de justa causa para a sua lavratura contra o impugnante, por inocorrência de qualquer ilicitude, como também por ilegitimidade do autuado, porque não fora lavrado contra o real responsável pelo recolhimento dos tributos.

Argumenta que a empresa que emitiu as notas fiscais objeto da fiscalização está inscrita no SIMPLES NACIONAL, por este motivo, na alíquota aplicada deveria ser considerada tal condição, em contraposição à alíquota de 17%.

Discorre acerca da ausência de responsabilidade do transportador, ora autuado, citando artigos do Código Tributário Nacional, da Lei Complementar n° 87/96 e da Constituição Federal.

Salienta que, quanto à suposta irregularidade da obrigatoriedade de emissão de nota fiscal eletrônica, desde 01/09/2009, há equívoco do autuante, porque o Protocolo ICMS 42, de 3/07/2009, expressamente estabelece a data de 01 de abril de 2010. Aduz que a empresa emitente das notas fiscais objeto de fiscalização possui atividade econômica principal nº 25.99-3-99 – “*Fabricação de Outros Produtos de Metal não Especificados Anteriormente*”, considerando que a fiscalização ocorreu em 20 de novembro 2009, naquela oportunidade não estaria a empresa obrigada a emitir a nota fiscal eletrônica, diz que resta evidente a irregularidade na lavratura do Auto de Infração. Por este motivo pede que caso não seja reconhecida a nulidade deva ser declarado insubsistente o Auto de Infração, tornando-se sem efeito o imposto exigido, e a multa aplicada.

Quanto à suposta irregularidade na natureza da operação diz que incorre em equívoco a fiscalização quando registra que as notas fiscais emitidas são inidôneas por força de divergências no registro da natureza da operação realizada. Aduz que, nos documentos fiscais continham a informação de que se tratava de remessa de materiais que seriam aplicados no contrato com a Petrobrás, esclarecendo no corpo das notas que os impostos seriam incidentes na Nota Fiscal nº 0220, ao final da aplicação dos materiais e serviços de instalação. Informa que o imposto da referida nota fiscal já fora recolhido.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

O autuante presta informação fiscal, às fls.57 a 59, reproduz as alegações defensivas, aduz que houve a ciência do autuado e a intempestividade da defesa. Assevera que os documentos fiscais apresentados não atendem com fidelidade aos requisitos estabelecidos na legislação e entende que os mesmos são inidôneos. Reproduz os art. 192, destacando a nota fiscal eletrônica como sendo uma das espécies de documentos fiscais; o 209, que especifica caso que será considerado inidôneo o documento fiscal; o 215 e o 216 que tratam dos procedimentos a serem adotados pelo contribuinte quando encerrado o prazo de validade e quando não for utilizado o documento fiscal e o 39 que cuida da responsabilidade solidária, todos do RICMS/97.

Reproduz ementas dos Acórdãos JJF nº 0478/99 e 2748/98 de decisões a respeito de documentação fiscal considerada inidônea.

Salienta que em relação à responsabilidade do transportador, contestada, a alegação não procede, porque o transportador responde solidariamente pelo transporte.

Por fim, sugere que seja rejeitado o pedido de nulidade.

Conclui pedindo que seja mantida a exigência contida no Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, verifico que a coordenação de atendimento da IFMT/METRO, considerou o autuado intimado da lavratura do Auto de Infração, na data de protocolização da impugnação, por ter constado que a correspondência remetida por via postal não foi recebida pelo autuado. Dessa forma fica afastado o efeito do termo de revelia lavrado à fl. 21 do PAF.

O Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário do ICMS, por ter sido constatada pela fiscalização de trânsito, a circulação de mercadorias acobertada por documentos fiscais que o autuante entendeu não serem eles os legalmente exigidos para a operação.

A defesa suscitou nulidade do Auto de Infração, arguindo ilegitimidade do autuado, porque não fora lavrado contra o real responsável pelo recolhimento dos tributos, alegou, ainda, que não ofendeu os dispositivos legais insculpidos na peça acusatória.

Observa-se que, na descrição dos fatos no Auto de Infração, o autuante consignou que as mercadorias estavam transitando com notas fiscais modelo 1, conforme cópias anexas, que as considerou inidôneas, sob o argumento de que a atividade do emitente é FABRICAÇÃO DE

PRODUTOS DE METAL, afirmando que, por este motivo estava o mesmo obrigado a emitir nota fiscal eletrônica (NFe) nos termos do art. 231-P, inciso IV, alínea “AL” do RICMS/BA, deixando claro que fundamentou a autuação em elementos vinculados a providências que deveriam ser adotadas pelo emitente dos documentos fiscais e não pelo motorista condutor das mercadorias.

Portanto, acolho a arguição de nulidade suscitada, posto que restou demonstrado nos autos, que autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, que na condição de motorista não estava obrigado a emitir a nota fiscal eletrônica. Se imprescindível a utilização de tal documento, no presente caso, a responsabilidade legal recairia em relação ao emitente, é ele quem deve ser punido e não o transportador. A pena está associada à pessoa do infrator, não podendo uma pessoa cometer uma infração, e outra ser punida pelo ato. Como o Auto de Infração foi lavrado em nome do motorista transportador, desobrigado, neste caso específico, de emitir a Nota Fiscal *Eletrônica*, é flagrante a ilegitimidade arguida. O RPAF, no art. 18, IV, “b”, é claro: é nulo o procedimento em que se configure ilegitimidade passiva.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **2103130026095**, lavrado contra **ISAAC LEITE SILVA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2011.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR