

PROCESSO - A. I. Nº 0944777600/09
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ACUMULADORES MOURA S/A. (BATERIAS MOURA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0323-03/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 28/03/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0076-11/12

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

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão que julgou o Auto de Infração epígrafado Nulo, através do Acórdão JJF nº 0323-03/10 - lavrado pela fiscalização de trânsito de mercadorias em 01/12/2009 imputando ao sujeito passivo a entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 145930, constando a informação de que a mercadoria constante no DANFE 9453 foi encontrada num caminhão dentro da empresa autuada, em processo de descarga, ou seja, retirando a mercadoria do caminhão para a área interna do estabelecimento, tendo sido lavrado o Termo de Apreensão “in loco”, na Rua Pérola Negra nº 03, Galpão 03, bairro de Itinga – município de Lauro de Freitas.

A Junta de Julgamento Fiscal exarou o seguinte voto, *in verbis*:

“...O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, sob a acusação de que foram apreendidas 1060 baterias remetidas pelo estabelecimento matriz da empresa Acumuladores Moura S/A para a empresa FORD MOTOR COMPANY DO BRASIL LTDA., situada na Avenida Henry Ford 2000, Camaçari – Bahia, mas estavam em processo de descarga na empresa ACUMULADORES MOURA S/A, estabelecimento filial, situado na Rua Pérola Negra, nº. 03, Galpão 03, Itinga, Lauro de Freitas, Bahia.

De acordo com o Termo de Apreensão, a mercadoria estava acompanhada pela Nota Fiscal Eletrônica nº 9453, emitida pelo estabelecimento matriz, localizado na Rua Diário de Pernambuco, 195, cidade de Belo Jardim, Pernambuco, tendo como destinatário a empresa FORD MOTOR COMPANY DO BRASIL LTDA. O caminhão foi encontrado dentro da empresa Acumuladores Moura S/A, com a mercadoria transportada já em processo de descarga (retirada da mercadoria do caminhão para a área interna da mencionada empresa).

O autuado não nega o fato, alegando que ocorreu equívoco de sua parte ao descarregar a mercadoria em sua própria filial. Diz que houve erro na autuação fiscal, porque a base de cálculo contida na Nota Fiscal 9453, de R\$99.147,80 foi absolutamente desconsiderada pelo autuante, que utilizou como base de cálculo para a exigência do tributo o valor de R\$224.943,00. Além disso, alega que a alíquota utilizada no Auto de Infração foi 17%, quando na realidade deveria ser 12%.

As cópias do DNAFE e do Conhecimento de Transporte encontram-se às fls. 04/05 do PAF comprovam que a mercadoria era destinada à FORD MOTOR COMPANY DO BRASIL LTDA, com endereço à Avenida Henry

Ford, 2000, Camaçari – Bahia, estando comprovado que houve destinação para entrega da mercadoria em endereço e contribuinte diversos do indicado no documento fiscal.

No caso em exame, no Termo de Apreensão foi dito que o caminhão encontrava-se em processo de descarga, ou seja, retirada da mercadoria para a área interna do estabelecimento autuado. Portanto, se a mercadoria foi encontrada descarregando, o detentor ainda é o transportador, tendo em vista que a entrega ainda não se completou, e o destinatário não assumiu a responsabilidade pela mercadoria, ainda não podendo ser considerado o seu detentor.

Observe que apesar de o defendente não ter comprovado a regularidade das mercadorias, houve equívoco na lavratura do presente Auto de Infração, haja vista que o autuante descreveu como infração a entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal. Portanto, somente o transportador é que poderia fazer a mencionada entrega. Pelo que consta nos autos, se depreende que o DANFE que acompanhava a mercadoria foi considerado inidôneo, porque foi constatada a entrega de mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal.

O art. 39, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA e o art. 6º, inciso III, alínea “a”, da Lei 7.014/96, estabelecem que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores em relação às mercadorias que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação fiscal correspondente.

Não ficou comprovado que o autuado deve ser considerado o sujeito passivo no presente Auto de Infração. Neste caso, está caracterizada a nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva, tendo em vista que de acordo com os dispositivos da legislação anteriormente citados, a autuação deveria recair sobre o transportador, inclusive, na hipótese de mercadoria transportada sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhada de documentação inidônea. Portanto, autuação deveria recair sobre o transportador, por responsabilidade solidária, tendo em vista que no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 145930 consta a informação de que a mercadoria foi encontrada descarregando no estabelecimento autuado.

Quanto à base de cálculo do imposto exigido no presente Auto de Infração, o autuante informou que em face da ausência de pauta fiscal, foi apurado preço médio da mercadoria no mercado interno, em três estabelecimentos que comercializam o produto, conforme documentos acostados às fls. 08, 09 e 10 do PAF. Entretanto, embora exista a possibilidade de ser a mesma mercadoria, os modelos indicados nos levantamentos efetuados pelo autuante não são os mesmos constantes no documento fiscal à fl. 05 dos autos, não comprovando a base de cálculo utilizada na apuração do débito, constituindo mais um motivo de nulidade da autuação fiscal.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração por ilegitimidade passiva, considerando que ficou caracterizada a impossibilidade de exigência do imposto do autuado e do estabelecimento que figurava como destinatário da mercadoria, além do fato de a base de cálculo não estar suficientemente comprovada nos autos.

Recomenda-se à autoridade competente para, mediante nova ação fiscal no estabelecimento destinatário, proceda à verificação da regularidade quanto às operações efetuadas com as mercadorias objeto da autuação fiscal e existência de valores a serem lançados, podendo o contribuinte, antes da nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade, eximindo-se de sanções. ”.

Nos termos do art.169, I, alínea “a”, item 01 do RPAF/BA, a JJF recorre de ofício da Decisão a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos, entendemos que, ao contrário do entendimento da JJF, não há que se falar em ilegitimidade passiva, o que a levou a votar pela nulidade da autuação, mas sim em improcedência da exigência fiscal, porquanto a infração imputada ao contribuinte autuado não está caracterizada nos autos.

E, de fato, afirma o próprio autuante que a mercadoria **estava sendo descarregada** no estabelecimento autuado, acompanhada de documentação fiscal em que constavam destinatário e endereço diversos do seu.

Ora, se a mercadoria **estava em processo de descarregamento** no estabelecimento autuado, claro está que a infração – entrega de mercadoria em local diverso daquele indicado na documentação fiscal - ainda não ocorrera, pois a sua entrega não se efetivara. Portanto, a conclusão lógica é pela insubsistência da infração imputada, e não nulidade por ilegitimidade passiva.

Por outro lado, o que poderia ser imputado ao contribuinte autuado seria infração por posse de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, uma vez que a nota fiscal objeto da autuação referia-se a destinatário diverso.

Este entendimento já havia sido externado por esta mesma 1ª CJF, em Decisão unânime, através do Acórdão nº 0280-11/11, no bojo do Auto de Infração nº 0944563309/09, lavrado contra o mesmo contribuinte ora autuado, e que trata de situação análoga, já que naquele a mercadoria estava aguardando para ser descarregada, e neste estava em processo de descarregamento, hipóteses que levam à mesma conclusão: inoccorrência do ilícito tributário, já que a infração ainda não ocorrera.

Do exposto, nosso voto é para decretar, 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, julgando PREJUDICADO o Recurso de Ofício.

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 **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **0944777600/09**, lavrado contra **ACUMULADORES MOURA S/A. (BATERIAS MOURA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SLVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE//PROFIS