

PROCESSO - A. I. Nº 118505.0009/10-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SOARES OLIVEIRA COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ESQUADRIAS E VIDROS LTDA. (SOARES OLIVEIRA ESQUADRIAS)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 12/04/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0101-11/12

EMENTA: ICMS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja decretada a nulidade do Auto de Infração. Constatando-se que as mercadorias foram apreendidas em poder do respectivo destinatário, meses após a efetiva entrega, não se pode acusar o remetente de transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, porquanto este fato - o transporte - não foi alvo de verificação pelo preposto fiscal no desenvolvimento de suas atividades fiscalizatórias. Além disso, verifica-se que a base de cálculo foi apurada de acordo com impresso de computador apócrifo e sem data, desrespeitando as normas regulamentares que tratam da matéria. Tais vícios conduzem à nulidade da autuação, uma vez que é impossível corrigi-los no bojo deste lançamento de ofício. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação oriunda da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), propondo que seja declarada a nulidade do presente Auto de Infração, através do qual foi constituído crédito tributário no importe de R\$23.968,35, acrescido de multa de 100%, sob a acusação de *"transporte de mercadorias sem documentação fiscal"*.

Da descrição dos fatos, consta que foram encontradas 206 peças de esquadrias de alumínio em bronze, em conformidade com a descrição indicada no Termo de Apreensão e Ocorrências e Romaneios 58, 59, 60, 63 e 69, entregues sem nota fiscal na Obra ART VILLE, localizada na Avenida Paralela, tendo sido feito uso de documentos extrafiscais para executar a operação de entrega, conforme documentos acostados à peça inicial. A autuante esclareceu, também, que a base de cálculo foi apurada conforme preços constantes na tabela fornecida pelo próprio autuado.

Após a decretação da revelia do sujeito passivo (fl. 29), o sujeito passivo apresentou pedido de controle de legalidade destinado à PGE/PROFIS, suscitando preliminar de nulidade da intimação para tomar ciência do Auto de Infração e, no mérito, esclarecendo que as mercadorias foram apreendidas pela fiscalização já no local da obra do empreendimento ART VILLE, na Avenida Paralela.

Salientou, ainda, e que o sujeito passivo não revende essas mesmas mercadorias, mas apenas realiza o serviço de corte, recorte e anodização das peças de alumínio em seu estabelecimento, entregando-as no prédio em que estava sendo construído pela contratante do serviço.

Afirmou que os romaneios em que se baseou a autuante para lançar o ICMS exigido nesta autuação, lavrada em julho de 2010, foram emitidos em março e abril do mesmo ano, *"não se podendo admitir que sejam reunidos, numa mesma data, diversos supostos fatos geradores do tributo estadual"*.

Alegou que a acusação de transporte de mercadoria é inverídica, já que os produtos foram apreendidos pela autuante no local da obra na Avenida Paralela e que os romaneios foram obtidos na contabilidade da empresa OAS Empreendimentos. Asseverou, por fim, que a base de cálculo não foi claramente demonstrada, pugnando, ao final, pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 136/140, impugnando as alegações do contribuinte e aduzindo, quanto aos procedimentos adotados: *"As mercadorias apreendidas foram devidamente relacionadas na planilha (fls. 03), após intimação do autuado para que fossem apresentadas as NOTAS FISCAIS, referentes as MERCADORIAS, ESQUADRIAS DE ALUMÍNIO, já prontas e acabadas na cor bronze da marca ALPAC, empresa do Grupo. Vale salientar que acatamos e consideramos a TABELA DE PREÇOS, fornecida pelo autuado, desprezando o Levantamento de Preço Médio Corrente - cotado em (três) 03 empresas distintas, que atuam no mesmo ramo de atividade da requerente"*.

Diante das alegações do contribuinte e da informação fiscal prestada pela autuante, a PGE/PROFIS oferta representação, nos seguintes termos:

"Apesar de devidamente intimado da lavratura do presente Auto de Infração, o contribuinte em apreço apresentou intempestivamente a sua defesa, cujas razões são apreciadas, nesta oportunidade, em sede de controle da legalidade do crédito tributário a cargo desta PGE/PROFIS.

Em virtude da argumentação tracejada e da documentação acostada aos autos pelo Autuado, solicitou a PROFIS, na diligência de fl. 134, a manifestação do autuante, cujas informações estão nas fls. 136/140.

Conforme se vê nas fls. 160 e seguintes, volta o contribuinte aos autos, desta feita para reiterar o pedido de controle da legalidade, onde repete o quanto já expandido anteriormente e acrescenta com a citação de duas decisões do CONSEF em Autos de Infração lavrados pela mesma fiscal Autuante, com o mesmo objeto do que ora se examina, cujo pronunciamento do órgão julgador administrativo foi pela nulidade das ações fiscais.

Em síntese, alega o contribuinte:

- a) que há nulidade da intimação para ciência do Auto;*
- b) que há nulidade do Auto porque em nenhum momento ficou constatado o transporte de mercadorias sem documentação fiscal;*
- c) que não estava revendendo matérias, mas realizando uma prestação de serviço;*
- d) que a atividade desenvolvida não está no campo de incidência do ICMS, mas do ISS;*
- e) que não há a demonstração clara de como foi apurada a base de cálculo do imposto.*

A Autuante rebate as razões do contribuinte da formas seguinte:

- a) que a real atividade da empresa é a de comercial varejista de esquadrias;*
- b) que pretende continuar o seu comércio sem o pagamento do ICMS devido;*
- c) que a empresa presta o serviço e fornece o material;*
- d) que, mesmo que a atividade da empresa fosse somente a de prestação de serviços, mesmo assim, as mercadorias deveriam estar acompanhadas da documentação fiscal;*
- e) salienta que o Auto de Infração em questão versa sobre "mercadorias sem estar acompanhada de documento fiscal";*
- f) que, após a apreensão das mercadorias, "acatamos a TABELA DE PREÇOS, fornecida pelo autuado";*
- g) que o contribuinte "não apresentou nenhum documento para dar suporte a sua pretensão de nulidade".*

Encontra-se a questão sob os cuidados desta PGE/PROFIS, cuja análise se iniciará pelas arguições de nulidade, por serem prejudiciais ao mérito da autuação.

Aduz o contribuinte que não foi cientificado pessoalmente, por um de seus sócios, e que só veio a tomar conhecimento do lançamento quando recebeu, pelos Correios, um DAE cobrando-lhe o débito já em atraso.

Afirma que desconhece a pessoa que assinou o Aviso de Recebimento, Sr. Osvaldo Filho, e que o mesmo não faz parte do quadro de empregados da empresa, podendo, provavelmente, supor que seja o mesmo empregado da OAS Empreendimentos S/A, contratado para trabalhar no canteiro de obras do prédio ART VILLE, “local onde a empresa autuado presta serviços de montagem e instalação de esquadrias de alumínio e onde a fiscalização apreendeu partes e peças ... que haviam sido recortadas pela ora requerente”.

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, ao tratar das intimações, não estabelece um critério de preferência entre a intimação pessoal e a por via postal. Então, sem importância se, ao invés de ter sido pessoalmente intimada a empresa, através de seus sócios, preferiu a fiscalização intimá-la por meio dos Correios, mesmo porque há uma relação de solidariedade entre eles.

Consoante a Teoria da Aparência, se o endereço da empresa está correto e para lá foi enviada a intimação, prevalece o entendimento de que a comunicação é válida.

Descabe a suposição de que o Sr. Osvaldo Filho talvez fosse um empregado da OAS, haja vista que o endereço que consta do AR de fl. 28 é o da empresa autuado.

A empresa foi autuada por transportar mercadorias sem documentação fiscal (fl. 01).

A Autuante informa que “as mercadorias apreendidas foram devidamente relacionadas na planilha (fl. 03), após intimação do autuado para que fossem apresentadas as NOTAS FISCAIS”

No termo de fl. 5, consta a descrição dos fatos: “Constatamos que a empresa anteriormente identificada, entregou 206 (...) peças de Esquadrias de Alumínio na cor bronze em conformidade com a descrição já mencionada neste TAO e ROMANEIOS, efetivamente entregues sem NOTA FISCAL na obra ART VILLE, localizada na Av. Paralela e fez uso de documentos extrafiscais para executar a operação da entrega das mercadorias ...”

É importante salientar que as mercadorias foram apreendidas não no trânsito, mas no local da obra.

A apreensão se deu em 15/06/2010 e os romaneios que deram suporte à ação fiscal estão datados de 26/03/2010, 06/04/2010 e 07/04/2010, o que comprova que as mercadorias ali mencionadas já se encontravam no local da obra e ali chegaram em datas diferentes, tendo a fiscalização “constatado a irregularidade” somente em 15/06/2010.

Significa dizer que tal fato torna incerta a ocorrência da infração tal como foi descrita no Auto: “transporte de mercadorias sem documentação fiscal”, o que sugere a noção de constatação estanque do fato.

Observa-se que a multa aplicada foi a de 100%, com base no art. 42, IV, que pressupõe que a infração esteja sendo cometida no momento da constatação (“quando a operação ou prestação estiverem sendo realizadas sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea”).

Da mesma forma, o art. 39, I, d, do RICMS citado como embasador da ação fiscal, refere-se à responsabilidade daquele que efetua o transporte das mercadorias (“mercadorias que forem negociadas antes da entrega ao destinatário” - grifos).

Ou seja, tais dispositivos não se aplicam à hipótese dos autos porque está claro que os fatos não correspondem, exatamente, à infração descrita.

Há que registrar que não se está afastando a possibilidade de que tenha havido, efetivamente, alguma infração à legislação tributária, mas apenas constatando que a infração não está devidamente tipificada, não restando provado que ocorreu o transporte de mercadorias sem documentação fiscal como fato concomitante à ação fiscal.

As decisões do CONSEF acostadas aos autos tratam de autuações idênticas a que ora se examina e os votos ali insertos convergem para o mesmo entendimento acima exposto, principalmente quando enfatiza: “Ora, o presente Auto de Infração tem por fulcro a existência de mercadorias em trânsito desacompanhadas de documentação fiscal. Em tal caso, é passível de responsabilidade pelo imposto o detentor ou transportador das mercadorias em situação irregular...neste caso, a autuação teria de ser feita em nome do detentor, ou seja, em nome da pessoa em cujo poder se encontravam no momento da ação fiscal, no local da obra”.

Isto porque - justifica o ilustre Relator no processo supra mencionado - num local onde, além das mercadorias daquele contribuinte, existiam outras, não seria possível vinculá-las a “um contribuinte”, mas a quem as detinha. Se a ação fiscal se desse no trânsito, entretanto, poderia o Auto ser lavrado contra o transportador ou contra o proprietário das mercadorias, já que entre eles existe solidariedade.

Enfatizou, também, o julgador daqueles processos junto ao CONSEF a questão da base de cálculo. Como salientado diversas vezes pelo contribuinte, a observação feita a caneta (“tabela de preços”) no documento de

fl. 04 foi da lavra da Autuante. E, na verdade, segundo afirma o contribuinte, não se trata de uma “tabela de preços”, mas de um orçamento elaborado para um cliente específico, o que torna incerto também a forma como a base de cálculo do imposto foi alcançada.

De toda sorte, o que se conclui é que, de fato, como decidido pelo CONSEF, foi efetuada uma contagem física das mercadorias encontradas no almoxarifado da empresa destinatária, no caso presente, o canteiro de obra do empreendimento ART VILLE, em construção pela OAS. Assim, não há como afirmar que as mercadorias apreendidas estavam sendo conduzidas no trânsito, já que ditas mercadorias, consoante exposto no próprio termo de Apreensão, já se encontravam em poder do destinatário.

A infração não está seguramente tipificada, bem como não está seguramente identificado o sujeito passivo da obrigação tributária, uma vez que, somente no trânsito – o que não foi o caso – poderia o Auto ter sido lavrado contra a empresa proprietária das mercadorias.

Posto isto, adicionada a dúvida acerca do acerto da base de cálculo, é forçoso reconhecer que o Auto de Infração, seja por não conter claramente descrita e provada a infração, seja por ilegitimidade passiva, é nulo, o que requer a intervenção desta PGE/PROFIS, junto ao Eg. CONSEF, o que ora se faz, representando, com pálio no art. 119, II, do COTEB, pela nulidade do Auto de Infração em espeque.

Cumpre-nos, finalmente, orientar que a INFAZ competente deve verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, desta feita imune de vícios”.

A procuradora assistente Bela. Paula Gonçalves Morris Matos, acompanhou a representação proposta, por conduto do Parecer de fl. 194.

VOTO

Da análise dos autos, verifica-se que, embora o presente lançamento de ofício refira-se à exigência de ICMS decorrente do transporte de mercadorias desacompanhado de documentação fiscal, ficou comprovado que não se está diante de uma fiscalização de trânsito. Na verdade, a autuante fez a contagem física de mercadorias ou materiais encontrados na obra de um prédio que está sendo construído pela empresa OAS Empreendimentos S/A, localizada na Avenida Paralela, nesta Capital.

Reforça a conclusão de que não se trata de fiscalização de trânsito o fato de que, além de as mercadorias já estarem em poder do respectivo destinatário no momento da auditoria, a autuação, datada de 01/07/2010, está embasada em romaneios dos meses de março e abril do mesmo ano (fls. 8/12). Ademais, a própria autuante afirma ter intimado o sujeito passivo para apresentar as notas fiscais relativas às mercadorias apreendidas, procedimento este igualmente incompatível com as fiscalizações e as autuações realizadas no trânsito das mercadorias.

Uma conclusão, destarte, revela-se imperiosa: o fato de que o sujeito passivo é acusado não foi aquele constatado pela fiscalização no momento da auditoria. As mercadorias não estavam em trânsito, logo, não se pode falar em transporte de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal.

Não fosse esse vício, suficiente por si só para ensejar a nulidade da autuação, há ainda um outro, de semelhante gravidade. Refiro-me à apuração da base de cálculo do ICMS lançado, para a qual foi utilizada a listagem de fls. 04, que a autuante diz ser uma "Tabela de Preços" do autuado, mas que, aos olhos deste Relator, não passa de um impresso de computador apócrifo e sem indicação de data. Acreditando a autuante que se tratava de uma autuação de trânsito, deveria, ao menos, ter aplicado a regra constante do artigo 938, inciso V, alínea “b”, item 02, do RICMS vigente.

Por derradeiro, cabe registrar que, se as mercadorias foram encontradas já em poder do respectivo destinatário - como realmente aconteceu -, o autuado (remetente) sequer possui legitimidade passiva para responder por eventual irregularidade quanto à existência ou não de documentos amparando aquelas operações especificamente, que ocorreram meses antes da autuação. Cabia ao autuante autuar o detentor das mercadorias (destinatário) ou adotar os roteiros de fiscalização de estabelecimento adequados para alcançar o autuado (remetente).

Ante o exposto, na esteira do precedente oriundo desse Conselho de Fazenda (Acórdão CJF nº 0161-11/11), voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, para decretar a nulidade do presente Auto de Infração, seja porque a acusação não corresponde aos fatos efetivamente verificados no curso da auditoria, seja porque a base de cálculo foi apurada com inobservância das normas regulamentares vigentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **118505.0009/10-0**, lavrado contra **SOARES OLIVEIRA COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ESQUADRIAS E VIDROS LTDA. (SOARES OLIVEIRA ESQUADRIAS)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA DULCE HASSSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS