

PROCESSO	- A. I. Nº 152624.1201/09-9
RECORRENTE	- MED COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA. (POSTO LUANDA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0214-05/10
ORIGEM	- IFMT – DA/SUL
INTERNET	- 10/07/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0153-12/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A circulação de mercadorias deve ser acompanhada do documento fiscal competente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração por se encontrar eivado de vícios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou pela total procedência o Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$ 3.800,00, acrescido da multa de 100%, previstas no art. 42, IV, “c” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 04/12/2009 decorre de uma única infração, qual seja: “*Transporte de mercadorias sem documentação fiscal*”.

Consta na descrição dos fatos que:

“A mercadoria, 10.000 litros de Alcool hidratado combustivel, estava sendo descarregada na empresa MED Comercio de Combustiveis e Lubrificantes Ltda, inscrito sob nº 64.074.830 e CNPJ 06.334.832/0001-20, situado na Av. Presidente Medici, nº 2150/C, Entrocamento de Jaguaquara/Ba, onde 9.500 litros foi depositado no tanque de combustivel da referida empresa, sendo o restante, 500 litros, colocado em recipientes plásticos (bombonas) inadequado para o armazenamento de combustivel, foi solicitado ao condutor do veiculo Sr. João Pereira Neto, CPF 048773514-50 bem como ao Gerente do Posto Sr. Genilson Araujo dos Santos, CPF 710645165-72, apresentação da Nota Fiscal da mercadoria onde informaram Não esta com a documentação no momento. Caracterizando descumprimento do que reza o RICMS/Bahia.”

Da análise dos argumentos de defesa trazidos aos autos pelo autuado, além das contrarrazões do fiscal autuante, a 5ª JJF, à unanimidade, decidiu pela total procedência do Auto de Infração, cujo voto transcrevo abaixo:

“VOTO

No mérito, cuida a presente infração de operação sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão nº , de fl. 02 do PAF.

Consta na descrição dos fatos que “a mercadoria, (10.000 litros de alcool hidratado combustivel), estava sendo descarregada na empresa Med Comercio de Combustiveis e Lubrificantes Ltda, inscrito sob nº 64.074.83, no entrocamento de Jaguaquara/Ba. Assim, 9.500 litros foram depositados no tanque de combustivel da referida empresa, sendo o restante, 500 litros, colocados em recipientes plásticos (bombonas), inadequados para o armazenamento de combustivel. Foi solicitado ao condutor do veiculo, Sr. João Pereira Neto, CPF 048773514-50, bem como ao Gerente do Posto, Sr. Genilson Araujo dos Santos, a apresentação da nota fiscal quando informaram que não estavam com a documentação naquele momento”.

De fato, na peça de defesa não existe a comprovação de que as mercadorias se faziam acompanhar dos competentes documentos fiscais, mas a contrario, conforme demonstra o autuante, no momento de seu transporte, não estavam decidamente acompanhadas das notas fiscais.

Ademais, constato que os dados do transportador nas notas fiscais apresentadas na defesa, estão preenchidos de caneta, indício do seu preenchimento posterior. Além deste fato, não há como comprovar que as mercadorias constantes nestas notas fiscais seriam as mesmas objeto da autuação.

Quanto à Certidão emitida pela Delegacia Circunscreiconal de Jaquaqueara, de fl. 09, consta o fato: “foi solicitada ao condutor bem como ao responsável pelo posto, ambos já qualificados anteriormente, que apresentassem a documentação da carga e estes informaram que não dispunham da nota fiscal no momento e posteriormente apresentaram um fax de uma nota fiscal onde não constava dados do veículo transportador, caracterizando assim crime tributário....”

Por todo o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fls. 55 a 60, o contribuinte retorna aos autos e, de início, assevera que a Decisão é contraditória, pois, o relator *a quo* afirma que “*as notas fiscais relativas ao produto foram apresentadas com o nome do condutor colocado a caneta*”, confirmando a existência “*que deu embasamento aos produtos em questão*”.

Discorre longamente a respeito da Nota Fiscal Eletrônica e do DANFE, falando dos seus propósitos e benefícios, tudo para dizer que “*não existe a obrigatoriedade da Nota Fiscal Eletrônica acompanhar as mercadorias podendo ser substituído por outro documento que em nenhum momento fora citado pelo Relator do processo em sede de primeiro grau*”.

Afirma que é improcedente a acusação fiscal, repisando sua tese de que a relatora de primo grau reconhece a existência de nota fiscal que acoberta a operação, e que se faz necessária a determinação de perícia para comprovar a afirmativa da relatora de que o nome do transportador foi escrito em caneta em momento posterior.

Alega atentado ao seu direito de defesa, contraditório e devido processo legal, quando a relatora desconsiderou seus argumentos e admitiu os argumentos trazidos acusatórios, tecendo “*comentários quanto a necessidade da apresentação da Nota Fiscal Eletrônica para que o produto fosse descarregado, desobrigando sua obrigatoriedade no acompanhamento do transporte do produto*”. Alega que diante da inexistência da exigência de apresentação de Nota Fiscal pelo transportador, resta descharacterizada a infração, aduzindo que a acusação fiscal não passa de mera presunção, também reconhecida pela relatora da Decisão recorrida. Nesse sentido, reitera seu pedido de perícia, além de invocar o artigo 937 do RICMS/97.

Afirma que a imputação é confusa, pois, “*alega ser a impugnante devedora do ICMS por substituição e adquiriu mercadorias desacompanhadas de documento fiscal no mínimo é estranho ou talvez o nobre auditor tenha sensibilidade extra natural, e desconhece a própria legislação*”. Termina dizendo que não se pode afirmar que as notas fiscais apresentadas não eram dos produtos descarregados.

Pugna pelo acolhimento do seu Recurso Voluntário e declaração de improcedência da autuação, dada a falta de fundamento a sustentar a autuação. Em tempo, reitera seu pedido de diligência fiscal (Perícia).

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra do Dr. Maria Dulce Baleeiro Costa, fl. 66, diz que a autuação ocorreu no trânsito da mercadoria, flagrada sem documento fiscal, e que o documento fiscal a que se refere a Decisão recorrida foi o apresentado posteriormente, que foi desconsiderado por não restar comprovada a sua emissão a tempo do transporte.

Afirma que as alegações recursais são evasivas e que vieram desacompanhadas de provas.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário Interposto.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª JJF deste CONSEF, acórdão 0214-05/10, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso Voluntário que ora se discute tem assento na acusação fiscal de ter o contribuinte efetuado “*transporte de mercadorias sem documentação fiscal*”, tudo com base nos artigos 39, I, “d” e 201, I, do RICMS/BA, cuja dicção é a seguinte:

Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

...

d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

e) cuidando das hipóteses em que devem ser emitidos os documentos fiscais,

Art. 201. Os documentos fiscais especificados no art. 192 serão emitidos pelos contribuintes do ICMS (Conv. SINIEF, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 01/85, 01/86 e 01/89):

I - sempre que realizarem operações ou prestações de serviços sujeitas à legislação do ICMS;

Da compulsão dos autos, apesar de restar absolutamente claro o transporte de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, o que afronta o quanto determina a legislação, verifico que algumas formalidades não foram cumpridas pelo preposto do Fisco. Às fls. 4 e 5 está colacionado o Termo de Apreensão e Ocorrência que fundamentou a autuação. No referido Termo, o que se observa é que não existe qualquer assinatura por parte do autuado, do detentor das mercadorias, do transportador, nem mesmo do depositário.

Convém lembrar que o RPAF/99, em seu art. 28, IV, diz que “*a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso: Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS*”. (grifo do relator). Entretanto, tal documento, de tamanha importância, não pode prescindir das assinaturas referidas alhures, sob pena de não se poder identificar, como prescrito em Lei, o autuado, o detentor das mercadorias, o transportador e o depositário.

O RICMS do Estado da Bahia corrobora a assertiva que aqui se faz, e lá em seu art. 940, se pode verificar a necessidade das assinaturas que não foram apostas no Termo de apreensão, como segue:

Art. 940. O fisco estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:

(...)

§ 1º O Termo de Apreensão conterá, dentre outros elementos, as seguintes indicações:

I - a identificação, o endereço e a qualificação do sujeito passivo;

II - o dia, a hora e o local da ocorrência;

III - a descrição, em síntese, do motivo determinante da apreensão e dos demais elementos esclarecedores, com indicação expressa de que se trata, conforme o caso:

a) de mercadorias ou bens desacompanhados de documentação fiscal;

b) de mercadorias ou bens acompanhados de documento inidôneo, caso em que será explicitada a circunstância caracterizadora da inidoneidade, de acordo com o art. 209 e seu parágrafo;

c) de outros motivos a serem informados;

IV - a discriminação das mercadorias, bens, livros ou documentos apreendidos, com indicação das respectivas quantidades e, conforme o caso, a marca, o tipo, o modelo, a espécie, a qualidade, o prazo de validade, se houver, e demais elementos que permitam sua perfeita identificação;

V - o nome, o cadastro e a assinatura do funcionário fiscal;

VI - o nome e a assinatura do contribuinte ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa em assinar.

O art. 946 do mesmo diploma, diz:

Art. 946. As mercadorias, bens, livros ou documentos apreendidos serão depositados, no ato da apreensão, em repartição pública ou, a juízo do Auditor Fiscal ou Agente de Tributos que fizer a apreensão, em poder do transportador, do estabelecimento de origem, do proprietário das mercadorias ou de terceiro designado pelo fisco, mediante a lavratura de Termo de Depósito, a ser assinado pelo preposto fiscal e pelo depositário.

Pelo acima exposto, o que se desenha nos autos é a mais absoluta e flagrante ilegalidade que leva à nulidade do feito, pois, é nascido nulo de pleno direito.

Não bastasse a ilegalidade acima apontada, há que se analisar quem, efetivamente, deveria estar no pólo passivo desta lide.

Vejo que o recorrente, também autuado, de fato, recebeu a mercadoria objeto da autuação - 10.000 litros de álcool. De outro lado, a transportadora Altransul Ltda. foi quem efetuou o transporte da mercadoria, sem a necessária documentação fiscal, conforme fartamente comprovado nos autos.

A construção do Auto de Infração, decorrente de fiscalização no trânsito da mercadoria, e como dito acima, tem indicação de transporte de mercadorias sem documentação fiscal, com toda a fundamentação legal pertinente, entretanto, o que resta claro nos autos é que o recorrente não fez qualquer transporte de mercadoria, em verdade, apenas recebeu as ditas mercadorias.

Ora, se a acusação é de transporte de mercadoria sem documentação fiscal, em que pese o recorrente também haver cometido o ilícito fiscal de ter recebido mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, a transportadora é quem deveria ter sido autuada com os fundamentos dos artigos 39, I, “d” e 201, I, do RICMS/BA.

Assim, considerando o quanto exposto acima, entendo que o Auto de Infração em apreço, lavrado no trânsito, resta eivado de vícios, não podendo ter melhor sorte do que a decretação da sua nulidade.

Isto posto, peço vênia aos ilustres julgadores da 5ª Junta de Julgamento Fiscal e da douta representante da PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto e, de ofício, declaro NULO o Auto de Infração em apreço.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar, de ofício, **NULO** o Auto de Infração nº 152624.1201/09-9, lavrado contra **MED COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA. (POSTO LUANDA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS