

PROCESSO - A. I. Nº 094484270/09
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ANDRÉ DE JESUS MESSIAS
RECURSOS - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 10/10/2012

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0302-11/12

EMENTA: ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação fundamentada com base no art 119, §º 1º da Lei nº 3.956/81 – COTEB. Utilização de nota fiscal modelo 1, em substituição a nota fiscal eletrônica. Nota fiscal modelo 1 é documento fiscal – art. 192 do RICMS, não podendo ser considerado inidôneo para cobrança do imposto. Cabimento apenas de multa formal. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da Procuradoria Fiscal – PROFIS interposta com base no art. 119, § 1º do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, requerendo a improcedência do Auto de Infração em referência, ou, subsidiariamente, a decretação de nulidade, pelas razões de fato e direito a seguir relatadas.

O Auto de Infração foi lavrado em 30.12.2009, pela Fiscalização do Trânsito de Mercadorias, para cobrar imposto no valor de R\$ 2.189,03, com multa de 100%, pelo suposto cometimento da seguinte infração: “utilização de documentos fiscais que não são os legalmente exigidos para a operação”. Foi mencionado com dispositivo infringido o art. 209, inciso II do RICMS – Decreto nº 6.284/97.

O Auto de Infração foi lavrado contra o Sr. André de Jesus Messias, motorista do veículo condutor das mercadorias. O processo correu à revelia, sendo lavrado o termo correspondente, fls 32.

Em sede de controle da legalidade, a i. procuradora, Dra Rosana Maciel Bittencourt Passos converteu o processo em diligência, a fim de que fosse esclarecido se o transporte da mercadoria teria sido realizado por empresa transportadora, haja vista inexistência nos autos de CTRC e da impossibilidade em obter a informação do Termo de Apreensão de Mercadorias, fls 02, em face da dificuldade de compreensão do dado transcrito no campo próprio para identificação do transportador ou empresa transportadora.

Em resposta, o autuante informou que não houve emissão de Conhecimento de Transporte, em virtude de tratar-se de operação efetuado por autônomo. Em seguite, de forma conflitante com a informação anterior, declarou que a citação no campo próprio de identificação do transportador ou empresa transportadora do TOA, fls 2 é de Palatare 2010 Alimentos LTDA, CNPJ 08.160.433/0001-16, de São João do Meriti, RJ.

Após o retorno da diligência, a ilustre procuradora, propôs a presente representação aduzida as seguintes razões:

Diz entender que na hipótese de o contribuinte estando legalmente obrigado a emitir nota fiscal eletrônica, instrumentalizar suas operações de vendas mediante emissão de nota fiscal em papel, não autoriza o preposto do fiscal a considerar inidôneo o documento fiscal emitido, para assim legitimar a cobrança do ICMS sobre as operações que, a rigor, já foram oferecido à tributação,

mediante a emissão de documento fiscal que, conquanto não sejam o exigidos para aquela específica operação, tem natureza fiscal e são legalmente válidos.

Ressalva que a norma encartada no art. 209 do RICMS, que estabelece parâmetros para caracterização de documentos considerados inidôneos, apesar de mencionar no inciso II: “*não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de "Nota de Conferência", "Orçamento", "Pedido" e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documentos fiscais*”, deixa evidenciado em seus próprios exemplos, que dirigia-se aos documentos extra-fiscais. E arremata, dizendo que segundo entende, esta norma não se aplica àquelas hipóteses em que a operação encontra-se acobertada por documentação de natureza fiscal, e que atendam, em seu conteúdo, aos requisitos previstos em regulamento para sua validade. Complementa afirmando que segundo seu entendimento a única providência aberta ao fisco seria a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Insurge-se também contra a sujeição passiva, haja vista que o Auto de Infração foi lançado contra o motorista do veículo condutor das mercadorias. Assevera que estava perfeitamente indicado nas notas fiscais o remetente da mercadoria, aquele que descumpriu sua obrigação tributária, ao deixar de emitir as notas fiscais eletrônicas, e, portanto contribuinte de direito do imposto considerado devido. Esclarece: “...conquanto a lei permita a lavratura de Auto de Infração contra determinados terceiros, na condição de responsáveis por solidariedade, tal imputação só se mostrará legítima, na medida em que não se possa identificar o contribuinte de direito (em circunstâncias, tais como, por exemplo, o transportador de mercadorias sem documentação fiscal, em que não é possível averiguar a origem da operação. Todavia, sendo possível reconhecer o contribuinte de direito do imposto, - tal como ocorre no caso em análise, é contra ele que, necessariamente deve ser lavrado o auto.”

E por terceiro, para alcançar todos aspectos da questão, argumenta que mesmo na hipótese de o fisco poder escolher contra quem lavrar o auto, na impossibilidade de lavrar contra o remetente, anteriormente analisada, esta seleção deveria recair contra a empresa transportadora, que, no caso, estava perfeitamente identificada, e não contra o motorista. Explica: “*o motorista como empregado de alguém, não pode ser responsabilizado por decisões tomadas pelo seu empregador, que assumiu, como dito anteriormente, o risco de aceitar transportar mercadorias sem a documentação fiscal necessária.*” Cita jurisprudência do CONSEF, em consonância com o posicionamento da PGE/PROFIS no sentido de afastar a responsabilidade, nestes casos, do motorista.

Pelo exposto, com base no art. 119, II e § 1º da Lei nº 3.956/81 representa ao Conselho de Fazenda pela improcedência do auto, com fundamento de que a utilização de nota fiscal em papel, ao invés da nota fiscal eletrônica, autoriza apenas a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória. Subsidiariamente, para o caso de a primeira representação não ser acolhida, representa pela nulidade por ilegitimidade passiva, com fulcro no art. 18, IV, “b” do RPAF.

VOTO

A bem articulada e fundamentada Representação da PROFIS, como mencionou a ilustre procuradora, vem ao encontro do posicionamento consolidado do Consef e da própria Procuradoria, consubstanciado nos Acórdãos citados.

Deveras, a utilização de nota fiscal convencional, mesmo por contribuinte obrigado à emissão de notas fiscais eletrônica, não desnatura este documento, a ponto de torná-lo inidôneo, pois revela todos os elementos necessários à caracterização da operação e, em tese, deve ter sido lançado nos livros próprios para apuração do imposto.

O citado dispositivo tido como infringido, art. 209, II do RICMS, já traz em seu próprio texto os documentos que quer alcançar, ou seja, os extrafiscais, como com perspicácia apontou a i. procuradora.

Art. 209. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:

- I - Omitir indicações, inclusive as necessárias à perfeita indicação da operação ou prestação;**
- II - Não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de "nota de conferência", "orçamento", "pedido" e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documentos fiscais;**
- III - ...**

E os documentos que acobertavam a operação, notas fiscais Modelo 1, são reconhecidamente documentos fiscais, conforme preceitua o art. 192 do RICMS abaixo transcrito.

Art. 192. São os seguintes os documentos fiscais

- I - Nota fiscal, modelos 1 e 1-a (anexos 15 e 16);**
- I-A - Nota fiscal eletrônica – nf-e (ajuste sinief 07/05);**
- II - Nota fiscal de venda a consumidor, modelo 2 (anexo 17);**
- III - Cupom fiscal;**
- IV...**

Assim, as notas fiscais em papel que acobertavam a operação, apesar de não serem as adequadas, não podem ser caracterizadas como inidôneas, para legitimar a cobrança do imposto. Caberia, sim, para a infração perpetrada, a multa formal prevista no Art. 42, XXVI da Lei nº 7.014/96.

Assim, voto pelo CONHECIMENTO e ACOLHIMENTO da Representação da PROFAZ para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

O pedido subsidiário, pela nulidade, fica prejudicado em face do acatamento da Representação pela improcedência, mas, registe-se, que igualmente receberia a aquiescência desta Corte de Julgamento, em face de decisões reiteradas no sentido de afastar a responsabilidade do motorista condutor do veículo transportador, quando devidamente identificado na operação a empresa transportadora prestadora dos serviços, como cabalmente demonstrado neste caso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS