

A. I. Nº - 119207.0042/11-3
AUTUADO - CETREL S. A.
AUTUANTE - MARIA HELENA NERY MENEZES
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 17.08.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0181-02/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. É do detentor das mercadorias transportadas sem documentação fiscal, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário. No caso, restou comprovado nos autos, que a infração foi cometida pelo transportador, sendo autuado outro contribuinte. Apesar de a autuante ter acolhido as razões defensivas, pela insubsistência da autuação, não é devido atribuir-lhe a responsabilidade pela ocorrência, impondo sua nulidade por ilegitimidade passiva. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2011, refere-se a exigência de R\$71.574,25 de ICMS, acrescido da multa de 100%, sob acusação de utilização de transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências (docs.fls. 11 e 12).

Em complemento consta: *“Contribuinte em situação irregular cadastro da Sefaz-Ba: baixado, operação sendo realizada sem documentação fiscal, a qual autorizou seu motorista a assinar o Termo pré-impresso de nº 1192077-002113, deixando a empresa W.MK Auto Serviço e Peças Ltda – I.E.31160612, como fiel depositária da mercadoria descrita corretamente na nota fiscal avulsa, emitida pela própria Cetrel S.A. após a ação fiscal, através de envio por meio de fax e que servirá de base para lavratura do auto de infração”*.

Foram dados como infringidos os artigos 201, inciso I, combinado com o artigo 39, inciso I, alínea “d” do RICMS/97, com a aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo em sua defesa às fls. 27 a 36, esclarece que:

- a) atua na prestação de serviços relacionados à preservação ambiental na área industrial do Polo Petroquímico de Camaçari, especialmente a coleta, transporte, tratamento e disposição final de efluentes e resíduos líquidos e sólidos emanados das empresas integrantes do referido complexo petroquímico, mediante processos de transformação e incineração;
- b) é contribuinte do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, a teor do item 7.12 - CONTROLE E TRATAMENTO DE EFLUENTES DE QUALQUER NATUREZA E DE AGENTES FÍSICOS, QUÍMICOS E BIOLÓGICOS.
- c) está cadastrado na SEFAZ como contribuinte “especial”, visando tão somente emitir notas fiscais no intuito de acobertar o transporte de máquinas e equipamentos integrantes do seu ativo imobilizado até os locais onde eram prestados os serviços acima descritos, no intuito de viabilizar seus desenvolvimentos, cuja referida inscrição, diz que desabilitada pelo ente fazendário, por força do quanto disposto no art. 9º, parágrafo único, do Decreto Estadual nº 13.165, de 11 de agosto de 2011.

Aduz que embora não esteja em situação de irregularidade perante o ente fazendário baiano, tampouco cometeu qualquer infração à legislação de regência do ICMS, do qual, não é contribuinte.

Contestou a acusação fiscal de que estava transportando mercadorias sem documentação fiscal, dizendo que emitiu Nota Fiscal Avulsa, para transportar equipamentos componentes de uma Estação de Monitoramento do Ar, com a finalidade de executar serviço de monitoramento externo na área de influência do Porto de Aratu, na Ilha de Maré, fazendo constar, no campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES, a não incidência do ICMS na hipótese sob exame, dada a não configuração do fato gerador do imposto estadual, a teor do art. 6º, XVI, do RICMS/BA.

Considerou presunção fiscal a acusação de saída de mercadorias, e não de bens, por entender que (i) não se reveste da condição de contribuinte do ICMS, (ii) não se encontra em situação irregular perante os cadastros deste Estado; e, (iii) não realizou operação de circulação de ‘mercadoria’, que configura fato gerador do ICMS, diante do que nada é devido a título do referido tributo, sendo certo que, no máximo, descumpriu a obrigação acessória de emissão da Nota Fiscal Avulsa em momento oportuno, punível com a multa prevista no art. 42, XXII, do RICMS/BA, que, entretanto, não foi capitulada na peça fiscal acusatória.

Prosseguindo comenta sobre a condição de não contribuinte do ICMS, à luz da legislação tributária (artigo 36, do RICMS/97), afirmando que não realiza quaisquer operações com mercadorias, conforme consta no DOCUMENTO DE INFORMAÇÃO ELETRÔNICA EXTRAÍDO DO SITE DA SEFAZ.

Para mostrar que não se encontra irregular no cadastro fazendário, o defendente recorre ao artigo 150, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97, que trata das hipóteses de inscrição “especial”, e argui que o cancelamento de sua inscrição decorreu exclusivamente em função do disposto no art. 9º, parágrafo único do Decreto Estadual nº 13.165, de 11 de agosto de 2011, que desabilitou todas as inscrições na citada condição, e no seu caso, não deu causa ao quanto ocorrido.

Feitas estas considerações, passa a comentar sobre a natureza da saída objeto da operação autuada, fazendo breves considerações acerca do conceito jurídico atribuído a espécie de bem intitulada ‘mercadoria’, com base em lições de renomado professor de direito tributário, para mostrar que o que caracteriza a mercadoria (espécie), distinguindo-a dos bens em geral (gênero), é sua destinação comercial, a saber, venda ou revenda.

Com base no alinhado acima, sustenta que deve ser afastada a premissa de que é contribuinte do ICMS, bem como demonstrado que a saída objeto da autuação não consubstanciou operação com mercadoria, mas sim trânsito de equipamentos aplicados na prestação de serviço, não sendo devida a exigência fiscal, nem tampouco ser imposta a penalidade prevista no art. 42, IV, da Lei nº 7.014/96, que determina a aplicação de *multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto*.

Reconhece que incorreu apenas, em mero descumprimento da obrigação acessória consistente na emissão da Nota Fiscal Avulsa a que alude o art. 307 do RICMS, punível, no máximo, com a multa de R\$50,00 (cinquenta reais), prevista no inciso XXII, do art. 42, da Lei 7.014/96.

Ao final, requer a improcedência da autuação.

Na informação fiscal à fl.61, a autuante declara que nos termos em que se encontra lavrado, o presente AI não poderá prosperar, uma vez que foi lavrado contra pessoa estranha à infração, e admite que se equivocou e constituiu o crédito em face do fiel depositário das mercadorias apreendidas. Conclui acolhendo as razões de defesa do contribuinte autuado.

VOTO

De acordo com o que consta na inicial, o Auto de Infração em lide exige o ICMS correspondente ao montante das “mercadorias” que foram encontradas, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, completamente desacompanhadas de documentação fiscal, sendo complementada esta acusação de que o autuado se encontrava em situação irregular no Cadastro da SEFAZ/BA.

Na defesa fiscal, o contribuinte autuado (Cetrel S/A), reconheceu que realmente os bens estavam sendo transportados sem a respectiva documentação fiscal, tanto que, juntou, fl. 45, cópia de Nota Fiscal Avulsa nº 2029652011, emitida pela internet pelo próprio autuado em 29/11/2011, posterior à data da lavratura do termo de apreensão.

Além disso, o autuado trouxe aos autos justificativas do motivo pelo qual sua inscrição

“especial” se encontrava cancelada no cadastro fazendário, bem como, argumentos de que, em razão de sua atividade, não é contribuinte do ICMS, e que os bens objeto da autuação se tratam de bens do ativo imobilizado.

Não obstante a autuante ter acolhido integralmente as razões da defesa, reconhecendo que não é devida a exigência fiscal, e portanto concordando pela improcedência da autuação, analisando os documentos que instruem a autuação, verifiquei o que segue.

Constam no processo dois Termos de Apreensão e Ocorrências, com o mesmo número 119207.0002/11-3, fls. 11 e 12, sendo que, ambos foram lavrados em 29/11/2011, em nome de Via Atlântica, e o outro, em nome de WMK Auto Serviço e Peças Ltda., ambos assinados pelo motorista responsável pelo transporte.

Posteriormente, em 28/12/2011, foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 119.207.0001/11-5, fls.07 e 08, em nome da Cetrel S/A, sem assinatura, e consta como fiel depositário WMK Serviço e Peças Ltda., e como transportador a Cetrel S/A.

Ocorre que, a mercadoria estava sendo transportada pelo motorista da WMK Serviço e Peças Ltda., conforme Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo, Placa Policial NYQ 3458, e foi apreendida em 29/11/2011, e o auto de infração foi lavrado em 28/12/2011, cuja referida ocorrência foi enquadrada no artigo 39, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, atribuindo responsabilidade solidária ao transportador.

Nestas circunstâncias, embora a autuante tenha concordado com a defesa do autuado pela improcedência da autuação, concluo que não ficou caracterizado o cometimento da infração pelo estabelecimento autuado, motivo pelo qual declaro nulo o Auto de Infração, nos termos do art. 18, IV, “b” do RAPAF/BA.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** Auto de Infração nº 119207.0042/11-3, lavrado contra **CETREL S.A.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de agosto de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR