

PROCESSO	- A. I. N° 940300060/11
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- BIOAGRO INDÚSTRIA, COMÉRCIO E BENEFICIAMENTO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO- Acórdão 3ª JJF nº 0040-03/12
ORIGEM	- IFMT - DAT/SUL
INTERNET	- 12.09.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0341-13/13

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. NOVA DECISÃO. A responsabilidade solidária tributária é tratada no artigo 124 do Código Tributário Nacional (CTN) e ocorre entre pessoas que (i) tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal ou (ii) estejam, expressamente, designadas por lei, não cabendo benefício de ordem. Indevida a conclusão de que a responsabilidade pelo possível desvio de rota da carga deveria ser atribuída à empresa transportadora, em razão das provas documentais trazidas aos autos. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pelo Presidente do CONSEF, com fundamento no art. 169, § 2º do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por entender que o resultado do julgamento levado a efeito pela primeira instância administrativa (Acórdão 3ª JJF nº 0040-03/12) configura decisão contrária ao entendimento manifestado em julgamentos reiterados do CONSEF, em especial aos acórdãos nº 0059-04/12, 0068-05/12, 0070-05/12 e 0093-05/12, todos originários de Autos de Infração que tratam de matéria idêntica envolvendo o mesmo contribuinte, ora autuado.

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra o autuado para exigir o ICMS no valor de R\$ 43.392,60, acrescido de multa no percentual de 100%, sob a acusação de “Ref. 49.310,00 kg de algodão em pluma acompanhado das Notas Fiscais (DANFEs) nº 0295 e 0283 cujos endereços constantes nessas Notas Fiscais divergem do endereço correspondente ao da saída da mercadoria apreendida. Base de Cálculo Pauta Fiscal. Termo de Depósito nº 0010” (sic). Foram dados como infringidos os artigos 209, incisos IV e VI; 911 e 913 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, e aplicada a multa prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96.

Foi consignado no “TERMO DE OCORRÊNCIA”, à fl. 2 dos autos, que:

“Aos oito dias do mês de julho de 2011, no cumprimento de nossas atividades fiscalizadoras no Posto Fiscal Bahia/Piauí, recebemos do Sr. Jair do Nascimento as DANFEs nº 283 e 295 dando trânsito a um total de 49.310,00 kg de algodão em pluma, tendo como endereço de saída da mercadoria a Rodovia BA 093, Km 01, SN, Engenho Novo, Galpão 09, Simões Filho/BA. Observamos que o endereço constante da referida DANFE divergia do endereço da real saída das mercadorias, infringindo o Art. 209, Inciso IV e VI, 911 e 913 do RICMS. Após contato com a empresa remetente, não nos foi apresentada documentação que justificasse a natureza da operação. Assim, foi emitido o Termo de Apreensão nº 00710 e lavrado o Auto de Infração nº 940300-0, em virtude da utilização da Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal. Os documentos que comprovam o fato são: uma correspondência da transportadora, os conhecimentos de transporte e uma amostra de lacre do fardo. Tais documentos encontram-se, respectivamente, nas páginas 07, 08, 11, 13 do processo. Após a lavratura do Auto e a apresentação do representante legal, foi emitido o Termo de Depósito nº 0010, e uma nova Nota Fiscal nº 744504 para entrega da mercadoria ao fiel representante da empresa BIOAGRO IND. COM. BENEF. PROD. AGRÍCOLAS, o Sr. Edvaldo José de Almeida.

E, para constar, foi lavrado o presente Termo de Ocorrência que servirá para fundamentar e dá consistência à ação fiscal a ser desenvolvida.”

A Decisão de primeiro grau considerou o Auto de Infração NULO, sob o seguinte entendimento:

Verifico nos autos que a carga apreendida pelo agente fiscal se encontrava no caminhão, em poder da empresa Transportadora TRANSLUM TRANSPORTES LTDA, CNPJ 09.547.143/0001-92 (CTRC nº 6191 e 6194 – fls. 08 e 11 do PAF), no momento da ação fiscal, que ocorreu na região oeste da Bahia, no Posto Fiscal Bahia-Piauí.

O documento fiscal que acobertava a carga de algodão em pluma industrializado eram os DANFEs (NF-e nº 0295 e 0283, fls. 05 e 10), tendo por destinatário a empresa Vicunha Têxtil S.A. estabelecida no município de Maracanaú/Ceará.

Para lastrear a acusação fiscal o autuante anexa cópia do lacre das mercadorias que entende demonstrar ser o produto oriundo da empresa CATELAN Algodoreira, fl. 13.

Do quanto exposto, observo um aspecto de ordem fática que deve ser enfrentado preliminarmente: a carga de algodão foi apreendida em poder da empresa transportadora devidamente identificada neste processo conforme Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga – CTRC nº 6191 e 6194.

Nesta situação vislumbro óbice à manutenção da exigência fiscal, pois ao descaracterizar a nota fiscal que dava trânsito às mercadorias classificando-a como inidônea conforme descreve a peça acusatória, os dados mencionados no documento fiscal não podem ser considerados e a responsabilidade pelo possível desvio de rota da carga, naquela ocasião, deveria ter sido atribuída à empresa transportadora.

Neste caso, se havia alguma infração a ser imputada a alguém, seria junto à empresa transportadora, visto que as mercadorias ainda se encontravam na posse do condutor, não sendo o emitente da nota fiscal considerada inidônea, responsável pelo percurso empreendido pelo motorista da transportadora.

Vislumbro portanto, no presente caso, caracterizada a ilegitimidade passiva do estabelecimento autuado, aplicando-se à situação em exame as disposições do art. 18, inc. IV, letra “b”, do RPAF/Ba.

Estabelece o art. 39, I, “d” do RICMS/97 que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto, e dos demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores em relação às mercadorias que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

A presente ação fiscal exige o imposto da empresa remetente das mercadorias apreendidas, em virtude de ter sido identificada circulação, no trânsito, de mercadorias cujas saídas teriam sido de local divergente daquele consignado na documentação fiscal.

Posteriormente, o responsável pela informação fiscal afirma que a irregularidade apontada deve-se também ao fato do autuado não ter industrializado a mercadoria e sim adquirido de outros fornecedores destinando-a à comercialização.

Ora, sob pena de se exigir o tributo com base em premissa equivocada, há que se estabelecer corretamente a motivação da autuação, sendo dever do Autuante a demonstração da ocorrência do fato imputado ao contribuinte. O documento apensado à fl. 13 não permite concluir de forma inequívoca que as mercadorias apreendidas são oriundas da empresa CATELAN Algodoreira.

Diante desse vício do procedimento fiscal, fica prejudicado o exame das questões de mérito suscitadas na peça defensiva, em especial aquelas atinentes à base imponível, prevalecendo neste caso o aspecto formal acima enfocado.

São nulos os lançamentos em que se configure ilegitimidade passiva, nos termos da redação do art. 18, IV, “b” do RPAF/99.

Assim, considerando o quanto exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando à autoridade administrativa que avalie a possibilidade de renovar a ação fiscal a salvo das falhas acima apontadas, a fim de verificar se houve de fato descumprimento de obrigação tributária frente à Fazenda Pública Estadual.

O Presidente deste Conselho de Fazenda, por entender que o resultado do julgamento configura Decisão manifestamente contrária ao entendimento esposado em julgamentos reiterados do CONSEF, interpôs o presente Recurso de Ofício, de acordo o previsto no § 2º do art. 169 do RPAF/BA.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício de iniciativa do Presidente deste Conselho de Fazenda Estadual, previsto no § 2º do art. 169 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por entender que o Acórdão de nº 0040-03/12, que julgou NULO o Auto de Infração, configurou decisão manifestamente contrária ao entendimento esposado em julgamentos reiterados do CONSEF, a

exemplo dos Acórdãos nº 0059-04/12, 0068-05/12, 0070-05/12 e 0093-05/12, todos originários de Autos de Infração que tratam de matéria idêntica envolvendo o mesmo contribuinte ora autuado, em razão de o débito exonerado ser inferior aos limites previstos na alínea “a” do inciso I do citado dispositivo legal.

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida, para julgar o Auto de Infração NULO, se fundamenta na premissa de que a responsabilidade pelo possível *desvio de rota* da carga deveria ser atribuída à empresa transportadora, visto que as mercadorias ainda se encontravam na posse do condutor, não sendo o emitente da nota fiscal considerada inidônea, responsável pelo percurso empreendido pelo motorista da transportadora. Assim, vislumbra caracterizada a ilegitimidade passiva do estabelecimento autuado, nos termos do art. 18, IV, “b”, do RPAF.

Da análise das peças processuais verifico que a Decisão recorrida merece ser reformada, uma vez que a presente ação fiscal exige o imposto *do contribuinte de direito*, em razão do transporte de mercadorias com documentação fiscal inidônea, fato este em que se alicerça a acusação fiscal, diante das provas documentais trazidas aos autos, não tendo a Decisão recorrida avaliado o mérito em razão da conclusão da ilegitimidade passiva de ofício levantada pelo órgão julgador de primeira instância.

Contudo, impõe esclarecer que a responsabilidade solidária tributária é tratada no artigo 124 do Código Tributário Nacional (CTN) e ocorre entre pessoas que (i) tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal ou (ii) estejam, expressamente, designadas por lei. Sendo oportuno salientar que o parágrafo único do mesmo dispositivo legal dispõe que a referida solidariedade não comporta benefício de ordem. Por sua vez, o art. 125 do CTN prevê que, salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade: I - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais; II - a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo; III - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.

Por fim, no caso em análise, uma vez comprovado que as notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado efetivamente são inidôneas, enquadra o autuado na condição de contribuinte de direito e responsável pela determinação da coleta da mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal por ele emitido, cujas informações são de sua inteira responsabilidade, sendo indevida, *data venia*, a conclusão de que *a responsabilidade pelo possível desvio de rota da carga deveria ser atribuída à empresa transportadora*, em razão das provas documentais trazidas aos autos.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO deste Recurso de Ofício para reformar a Decisão recorrida, afastando a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva, devolvendo os autos para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para reformar a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 940300060/11, lavrado contra **BIOAGRO INDÚSTRIA, COMÉRCIO E BENEFICIAMENTO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para submeter o feito a novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de agosto de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS