

PROCESSO - A. I. N° 217449.1001/13-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - GERALOG TRANSPORTES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0039-01/14
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 09/06/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0144-12/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. UTILIZAÇÃO DE NF-E INIDÔNEA. SUBFATURAMENTO. PREÇO DE MEDICAMENTOS COM VALOR INFERIOR AO PMC. Não restou comprovado que os preços dos produtos constantes no documento fiscal estava abaixo do valor real da operação, caracterizando o subfaturamento. Tal acusação sequer poderia ser atribuído ao transportador, visto que esse não poderia subfaturar, não tem interesse jurídico na situação considerada ilícita. O preposto do Fisco não acostou aos autos as provas de que o transportador tenha concorrido para a prática do fato infringente ou decorrido do exercício da sua atividade, ainda mais porque as mercadorias estavam acompanhadas de nota fiscal regularmente emitida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra a Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 25/02/2014 (Acórdão de fls. 99 a 106) que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/10/2013, com o objetivo de exigir o débito de ICMS no valor histórico de R\$ 306.135,78, acrescido de multa, em decorrência da constatação de 01 (uma) infração, relativa ao exercício de out/2013, consoante documento à fl. 01 dos autos.

Consta na descrição dos fatos:

“A fiscalização constatou a irregularidade no veículo placa OEH 1677 / LWI 9994 que transportava 4.614 cx. de medicamentos constantes do DANFE 47.809 chave 31131002814497000700550020000478091000995224 emitida pela empresa CIMED IND. DE MEDICAMENTOS LTDA. CNPJ 02.814.497/0007-00. O motorista senhor Emerson Mendes Borges apresentou a fiscalização um documento extra fiscal denominado Relação de Mercadorias Transportadas, sendo solicitado o DANFE da mercadoria, sendo apresentada o DANFE 47809 e o CTRC 43.062. Verificando a documentação, constatou que o CTRC não possuía mais validade jurídica para acobertar o serviço de transporte, estando a transportadora obrigada a emitir CT-e e o DANFE foi considerado inidôneo por declarar valor inferior ao preço mínimo da mercadoria, com o intuito de fraudulento de simular a recepção da mercadoria pelo adquirente pelo baixo valor declarado, configurando o subfaturamento fraudulento, sendo que medicamentos possui controle de preço através de PMC, que tem o objetivo de coibir a prática dolosa do subfaturamento”. Informa ainda que foi feita a apreensão da mercadoria e dos documentos fiscais como prova do ilícito.

A Infração imputada pelo agente fiscal foi:

Infração – Utilização de documento fiscal consignando preços inferiores ao praticado (sub-faturamento comprovado)

Após a apresentação da defesa (fls. 61/78), o agente autuante apresentou correspondente informação fiscal a fl. 97 (onde esclarece que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo, para fins de liberação das mercadorias apreendidas (Mandado de Segurança nº 0311639-27.2013 - fls. 38/52) implica na renúncia ao poder de recorrer em esfera administrativa, importando na desistência e consequente encerramento do procedimento administrativo fiscal), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 1ª JJF que entendeu por bem, julgar, por

unanimidade, NULO o Auto de Infração o que fez nos seguintes termos:

VOTO:

Cuida o presente Auto de Infração, lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito, da exigência de ICMS em razão da “utilização de documento fiscal consignando preços inferiores ao praticado (subfaturamento comprovado)”.

O fiscal autuante descreveu os fatos, na inicial do processo administrativo fiscal – PAF aduzindo que contatou a irregularidade no transporte de 4.614 cx. de medicamentos constantes do DANFE 47.809 (chave 31131002814497000700550020000478091000995224) emitida pela empresa CIMED IND. DE MEDICAMENTOS LTDA (CNPJ 02.814.497/0007-00) tendo como destinatário o estabelecimento MARIA ADELAIDE CAVALCANTE DE CASTRO (CNPJ 13.438.405/0001-58), no Estado do Piauí, fls. 18/21, tendo o motorista do veículo placa policial OEH 1677 / LWI 9994 apresentado além do DANFE retro citado, a relação de mercadorias transportadas (fl. 24) e o CTRC 43.062 (fls. 22/23).

Preliminarmente, o autuado argumenta que houve agressão ao devido processo legal por abuso fiscal na apreensão das mercadorias; que o Auto de Infração é nulo por ilegitimidade passiva, uma vez que o polo passivo da obrigação tributária é o contribuinte, aquele que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador e não o transportador das mercadorias negociadas entre a fábrica localizada no Estado de Minas Gerais e o destinatário localizado no Estado do Piauí. Argui ainda o cerceamento de defesa e afronta ao contraditório, sendo imprescindível que o sujeito passivo conheça as acusações que lhe são imputadas e que, no caso, tal levantamento fora firmado por mera presunção de irregularidade no conhecimento de transporte emitido e no suposto subfaturamento dos produtos existente no DANFE, cujos preços de medicamentos são controlados através do PMC.

Argui, por fim, afronta ao princípio da Moralidade Administrativa, posto que no caso, sub examine, o Fiscal não objetivou a constituição fática e probatória do crédito tributário, mas, na acusação de sonegador, conduta fiscal não leal e não ética.

Examinando as peças do PAF, constato que o autuante relacionou os diversos medicamentos, constantes da nota fiscal eletrônica, nesse ato representada pelo Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica (DANFE) nº 47.809, apôs no Termo de Ocorrência Fiscal, fls. 06/07 e elaborou demonstrativo da base de cálculo que suporta o imposto exigido, anexando-o aos autos, às fls. 11/12. Entendeu o preposto da fiscalização de transito que o referido Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC) não possuía mais validade jurídica para acobertar o serviço de transporte, estando a transportadora obrigada a emitir Conhecimento de Transporte Eletrônico (CT-e) e o DANFE foi considerado inidôneo por declarar valor inferior ao preço mínimo da mercadoria (subfaturamento) com o intuito de fraude, considerando que medicamento possui controle de preço através do Preço Máximo ao Consumidor (PMC).

Não existe agressão ao devido processo legal, na apreensão de mercadorias, mormente pela fiscalização de trânsito com o intuito de verificar a regularidade da operação. Em respeito à primazia do interesse público sobre o privado, não cabe ao particular se opor à fiscalização, desde que essa seja conduzida de forma lícita e regular. O que se condene, portanto, é a apreensão duradora ou qualquer medida que vise coagir o contribuinte a cumprir obrigação tributária, sem que tenha havido Decisão definitiva em processo administrativo ou judicial. A relação entre fisco e contribuinte, no que tange à fiscalização que o primeiro pode e deve exercer sobre o segundo pode ser observada no Código Tributário Nacional, nos artigos 78 e 194 a 200 (trata do capítulo “fiscalização” pela administração tributária). Depreende-se da dicção do artigo 194, que “a competência e os poderes das autoridades administrativas, que laboram no mister fiscalizatório, estão adstritos a regramentos estipulados pela legislação tributária” (SABBAG, E. DE M. Direito tributário. 9ª ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p.19-48).

Nesse quadra, o Supremo Tribunal Federal- STF buscou vedar a existência de sanções políticas, editando, a Súmula 323, no tocante aos atos de apreensão mercadorias: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

Observando ameaça ao seu direito e a utilização de meios coercitivos indiretos de cobrança de tributo, o contribuinte buscou a concessão da medida liminar no mandado de segurança (art. 151, IV, CTN) como meio eficaz para que o ato considerado abusivo ou ilegal praticado pela fiscalização do trânsito de mercadorias fosse suspenso de imediato (artigo 7º, III, Lei nº 12.016/2009), o que ocorreu, no presente caso, saneando a apreensão, que se prolongou, mas que o tempo necessário da identificação do sujeito passivo da relação tributária, reestabelecendo a regularidade processual.

A propósito, a medida judicial proposta pelo sujeito passivo não importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa, nos termos do art. 117, RPAF/BA, como equivocadamente pensou o preposto fiscal, posto que nela não se discute a lide, sendo apenas uma providencia judicial para liberação da mercadoria, indevidamente apreendida.

O artigo 151, III, CTN dispõe sobre as reclamações (primeira instância) e os Recursos (2º grau) como meios de suspensão do crédito tributário; de modo que a defesa manejada pelo autuado suspende a exigência do crédito

tributário, enquanto não sobrevier a Decisão final e irreformável.

A impugnação administrativa, assim, marca a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, dando inteireza ao devido processo legal, assegurando ao contribuinte litigante amplos contraditório e o direito de defesa, conforme indicado no art. 5º, LV da Constituição Federal e artigos 145 e 151 do Código Tributário Nacional – CTN.

Sobre o entendimento do preposto da fiscalização de transito que o referido Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC) não possuía mais validade jurídica para acobertar o serviço de transporte, estando a transportadora obrigada a emitir Conhecimento de Transporte Eletrônico (CT-e) ou a declaração de valor inferir ao preço mínimo dos medicamentos, em relação ao Preço Máximo ao Consumidor (PMC), não tornaram os documentos inidôneos, não constituem subfaturamento, com o intuito de fraude, conforme pensou o preposto fiscal.

Primeiro, porque a legislação do Estado da Bahia considera inidôneo o documento fiscal que não se referir ou não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, utilizado com o fim de fraude (comprovado), emitido por contribuinte fictício ou que não exerce mais a atividade. Destarte, o que se pode deduzir é que a finalidade da documentação fiscal que a qualifica como idônea é fazer a prova da existência de uma operação (ou prestação) e da posse legítima das mercadorias (ou serviço).

Assim, havendo documento fiscal idôneo para comprovar a posse legítima, a apreensão da mercadoria não se justifica; de igual forma que não se justifica a retenção da mercadoria, após a apresentação de documento fiscal comprovando a posse legítima. Atestado pelo documento fiscal a identificação do possuidor e a existência de uma operação fiscal, a apreensão não se mostra necessária, ainda que o preposto do Fisco discorde do modelo de nota fiscal adotada, do conhecimento de transporte, do preço da mercadoria transportada, etc.

Não é o querer fiscal ou a existência de algum elemento com o qual a fiscalização não concorde que tem o condão de caracterizar a inidoneidade documental e justificar a apreensão de mercadorias. Terá como lícita a apreensão de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal idônea, quando não se comprove a posse legítima, que não se refira ou não seja o documento legalmente exigido para a operação ou quando não existam condições para se apurar o montante do tributo devido, e sua retenção, autorizada até a identificação do contribuinte e lavratura do respectivo Auto de Infração.

Destaque-se ainda com relação ao conhecimento que documentou o transporte das mercadorias que, na data de 22.12.2011 foi publicado o Ajuste SINIEF 18/11, alterado pelo Ajuste SINIEF 08/12, instituindo relação de datas para início da obrigatoriedade para emissão do CT-e em substituição aos documentos em papel equivalentes. Segundo este documento, os contribuintes do ICMS em substituição aos documentos citados na cláusula primeira do citado Ajuste ficam obrigados ao uso do CT-e, a partir de um escalonamento de datas. O Fisco não esclareceu até qual data, o transportador autuado poderia emitir o CTRC, em lugar de CT-e. Apenas o autuado afirmou que teria prazo até 01 de dezembro de 2013.

Em seguida, subfaturamento significa burla fiscal que se caracteriza pela diferença entre o preço cobrado na fatura e aquele que fora ajustado, sendo a compensação feita por pagamento à parte e fora da escrita comercial de ambos os participantes da transação. Assim, tal figura se origina da emissão de fatura (nota fiscal) com preço abaixo do efetivamente cobrado na operação, com o intuito precípua de burlar o fisco, ou seja, reduz-se a base de cálculo do imposto para recolher menos.

Vê-se, pois, que a condição para a caracterização de um subfaturamento, é que a base de cálculo seja em valor inferior ao valor real da operação praticada, máxime, que se comprove através de prova material a divergência entre o valor efetivamente pago e a base de cálculo utilizada, tendo em vista que para ser acolhida a acusação, imperiosa é a prova cabal do fato infringente (que a base de cálculo da operação se deu com valor inferior ao efetivamente praticado) a exemplo de recibos, cheques, extratos bancários, duplicatas, lançamentos fiscais/contábeis, etc.

A simples constatação de que o preço na nota fiscal está bem aquém do normalmente praticado, sugere, a princípio, a necessidade de se perscrutar para a comprovação da infração cometida, não podendo o fazendário simplesmente deduzir, liminarmente, que ocorreu subfaturamento, lastreado apenas no seu entendimento ou presunção. Ainda porque subfaturamento é fraude fiscal e fraude não se presume.

Assim, o preposto fiscal incorreu numa série de equívoco, a partir do seu próprio entendimento de que houve subfaturamento dos produtos existentes no DANFE, considerando inidôneo, sob o argumento de que os preços de medicamentos são controlados através do Preço Máximo ao Consumidor (PMC) ou pela alegada invalidade do CTRC nº 43.062.

Além de tais equívocos, no caso concreto, o Auto de Infração lavrado contra o transportador inquiña de nulidade o presente Auto de Infração por ilegitimidade passiva. Vejamos a seguir:

Recai a presente exigência sobre o sujeito passivo indireto, o responsável, e não o contribuinte, ou seja, uma terceira pessoa escolhida por lei para pagar o tributo sem que tenha realizado o fato gerador, ainda que com ele tenha relação pessoal e direta, conforme indica o art. 121, parágrafo único, II, CTN. Nesse sentido, o artigo

124, CTN, estabelece as pessoas solidariamente obrigadas pelo pagamento do tributo; no inciso I, a solidariedade de fato, decorrente do interesse comum na situação que constitui o fato gerador do imposto; o inciso II (a solidariedade de direito) preceitua que são solidariamente obrigadas as pessoas cuja lei expressamente definir.

Temos assim, na responsabilidade solidária legal, situações em que a lei impõe ao terceiro a tomada de determinadas providências para impedir ou dificultar a omissão do contribuinte (art. 124, II, CTN). A solidariedade é, na essência, a omissão de um dever de diligência, de vigilância. Justamente por isso, o solidário não é um terceiro qualquer, mas alguém que tenha relação com o fato gerador.

A seu tempo, a Lei 7.014/96, em seu art. 6º, inciso III, estabeleceu que os transportadores são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto, em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea, que corresponde, inclusive, ao enquadramento escolhido pelo agente fiscal para a conduta ilícita praticada pelo autuado.

Cabível ressalvar que contribuintes do ICMS, na operação flagrada como irregular, na realidade, são o comprador e o vendedor da mercadoria. A lei complementar optou por definir que o contribuinte do tributo é o vendedor. Desta forma, a princípio, determinar que o transportador deva efetuar o pagamento do tributo constitui um arcabouço da lei, estruturada para garantir a eficácia de suas disposições, visto que o transportador não está vinculado ao sinal de riqueza que autoriza aquela imposição tributária. Completa o Professor Paulo Barros que “solidariedade mesmo, haverá tão-somente na circunstância de existir uma relação jurídica obrigacional, em que dois ou mais sujeitos de direito se encontram compelidos a satisfazer a integridade da prestação”. (Curso de Direito Tributário, Pág. 217).

Nesse sentido, embora seja necessário que o responsável solidário tenha vínculo com o fato gerador do tributo, a razão de sua responsabilização reside, precipuamente, na desobediência de um preceito legal que consiste no dever de transportar mercadorias somente acompanhadas de documento fiscal e nota fiscal válida. Percebe-se que, em um primeiro momento, o sujeito solidário é estranho ao acontecimento do fato jurídico tributário e integra outro vínculo jurídico, que nasceu por força de uma ocorrência tida como ilícita.

Desta forma, as provas do fato ilícito praticado pelo responsável solidário, o transportador, devem estar marcadas de forma indelével e constar dos autos. A arguição de que houve subfaturamento nos preços dos medicamentos, na operação comercial entre a CIMED IND. DE MEDICAMENTOS LTDA (CNPJ 02.814.497/0007-00) tendo como destinatário o estabelecimento MARIA ADELAIDE CAVALCANTE DE CASTRO (CNPJ 13.438.405/0001-58), no Estado do Piauí, sequer poderia ser atribuído ao transportador, visto que esse não poderia subfaturar, não tem interesse jurídico na situação considerada ilícita.

Vimos, ante, o que caracteriza um subfaturamento é a base de cálculo em valor inferior ao da operação praticada, fato comprovado através de prova material da divergência entre o valor efetivamente pago e a base de cálculo utilizada, de onde se extrai a dificuldade de se materializar o ato ilícito na fiscalização de trânsito de mercadorias. Cabível repetir que subfaturamento é fraude fiscal e fraude não se presume.

Posto isso, não pode ser acatada a exigência perpetrada contra o transportador por ilegitimidade passiva, a partir dos documentos constantes nos autos e mesmo do “termo de apreensão” que materializa a infração, uma vez que o documento fiscal é de responsabilidade do emitente, cuja exigência do imposto subfaturado, em havendo, deve recair sobre o mesmo ou sobre o adquirente das mercadorias e nunca sobre o transportador. No caso concreto, o Fisco não acostou nos autos provas de que o transportador, proprietário do veículo ou seu representante tenha concorrido para a prática do fato infringente constatado, muito menos de que tal fato tenha decorrido do exercício da atividade do mesmo, visto que as mercadorias estavam acompanhadas de nota fiscal regularmente emitida.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 1ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- i. A propósito, a medida judicial proposta pelo sujeito passivo não importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa, nos termos do art. 117, RPAF/BA, como equivocadamente pensou o preposto fiscal, posto que nela não se discute a lide, sendo apenas uma providencia judicial para liberação da mercadoria, indevidamente apreendida.
- ii. O preposto fiscal incorreu numa série de equívocos, a partir do seu próprio entendimento de que houve subfaturamento dos produtos existentes no DANFE, lastreado apenas no seu entendimento ou presunção. Ainda porque subfaturamento é fraude fiscal e fraude não se presume.
- iii. Destaca ainda estar eivado de nulidade o presente Auto de Infração por ilegitimidade passiva, uma vez que a presente exigência sobre o sujeito passivo indireto, o responsável, e não o contribuinte, embora seja necessário que o responsável solidário tenha vínculo com o fato gerador do tributo, a razão de sua responsabilização reside, precipuamente, na desobediência de um preceito legal que consiste no dever de

transportar mercadorias somente acompanhadas de documento fiscal e nota fiscal válida.

- iv. *Não pode ser acatada a exigência perpetrada contra o transportador por ilegitimidade passiva, a partir dos documentos constantes nos autos e mesmo do “termo de apreensão” que materializa a infração, uma vez que o documento fiscal é de responsabilidade do emitente, cuja exigência do imposto subfaturado, em havendo, deve recair sobre o mesmo ou sobre o adquirente das mercadorias e nunca sobre o transportador. No caso concreto, o Fisco não acostou nos autos provas de que o transportador, proprietário do veículo ou seu representante tenha concorrido para a prática do fato infringente constatado, muito menos de que tal fato tenha decorrido do exercício da atividade do mesmo, visto que as mercadorias estavam acompanhadas de nota fiscal regularmente emitida.*

Após intimação do sujeito passivo acerca do resultado do julgamento, os autos foram remetidos para esta Câmara de Julgamento Fiscal para análise do Recurso de Ofício, 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.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício contra a Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 25/02/2014 (Acórdão de fls. 99 a 106) que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/10/2013, com o objetivo de exigir o débito de ICMS no valor histórico de R\$ 306.135,78, acrescido de multa de 100%, em decorrência da constatação de 01(uma) infração, relativa ao exercício de out/2013, em razão da *utilização de documento fiscal consignando preços inferiores ao praticado (subfaturamento comprovado)*.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Mandado de Segurança nº 0311639-27.2013 - fls. 38/52 impetrado pelo recorrido, teve por objetivo, tão somente, liberar as mercadorias apreendidas, razão pela qual, ao não se discutir o mérito do presente lançamento, não configura renúncia à esfera administrativa, ao contrário do afirmado pelo agente fiscal.

Entendeu o preposto da fiscalização de transito que o referido Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC) não possuía mais validade jurídica para acobertar o serviço de transporte, estando a transportadora obrigada a emitir Conhecimento de Transporte Eletrônico (CT-e) e o DANFE foi considerado inidôneo por declarar valor inferior ao preço mínimo da mercadoria (subfaturamento) com o intuito de fraude, considerando que medicamento possui controle de preço através do Preço Máximo ao Consumidor (PMC).

Assim, apurou a suposta diferença de ICMS devido em razão do “subfaturamento” verificado, e lavrou o presente Auto de Infração exigindo o tributo do transportador.

Da análise do presente PAF, entendo que a Decisão recorrida não merece ser reformada.

Inicialmente, constato que, efetivamente, o Recorrido cometeu infração ao emitir o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC) quando, de fato, estava obrigada a emitir Conhecimento de Transporte Eletrônico (CT-e).

Isto porque, ao contrário do afirmado pelo Recorrido, e pelo julgador de piso, o prazo obrigatório para emissão e credenciamento para o CT-e a ser cumprido pelo Recorrido foi 01 de agosto de 2013, e não 01 de dezembro de 2013, haja vista não ser optante do Simples Nacional, nos termos do Ajuste SINIEF 18/11, alterado pelo Ajuste SINIEF 08/12, instituindo relação de datas para início da obrigatoriedade para emissão do CT-e em substituição aos documentos em papel equivalentes.

Entretanto, não é esta infração que está sendo cobrada no presente lançamento. Outrossim, a falta de emissão do Conhecimento de Transporte de acordo com a legislação, por si só, não tem o condão de declarar inidôneo o DANFE 47809.

Assim, tal infração poderia ser até objeto de novo lançamento, mas não pode embasar a presente exigência fiscal.

Por sua vez, a infração exigida, decorre da declaração de inidoneidade do DANFE que acobertava as mercadorias transportadas pelo Recorrido. Isto porque, tendo o agente fiscal identificado a prática de preços abaixo do PMC respectivo para as mercadorias transportadas, presumiu a

ocorrência de fraude e subfaturamento, exigindo do Recorrido (transportador), por solidariedade, o imposto supostamente devido.

E neste aspecto, compartilho do entendimento do julgador de piso, no sentido de que *a simples constatação de que o preço na nota fiscal está aquém do PMC, sugere, a princípio, a necessidade de se perscrutar para a comprovação da infração cometida, não podendo o fazendário simplesmente deduzir, liminarmente, que ocorreu subfaturamento, lastreado apenas no seu entendimento ou presunção*. Ainda porque subfaturamento é fraude fiscal e fraude não se presume, e exige a comprovação cabal do dolo.

Ademais, a meu ver, a ilegitimidade passiva do presente lançamento é flagrante, uma vez que a Lei 7.014/96, em seu art. 6º, inciso III, estabeleceu que os transportadores são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto, em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea, que corresponde, inclusive, ao enquadramento escolhido pelo agente fiscal para a conduta ilícita praticada pelo autuado.

No presente caso, é de fácil constatação a procedência e destino da mercadoria, o DANFE 47809 representa exatamente a operação realizada, bem como todos os produtos transportados, não vendo qualquer razão para inquiná-lo como inidôneo.

Outrossim, o transportador não possuí qualquer relação quanto ao negócio jurídico realizado entre comprador e vendedor, tampouco pode controlar ou fiscalizar preços praticados.

Os contribuintes do ICMS, na operação tida como irregular, na realidade, são o comprador e o vendedor da mercadoria.

De fato, a acusação de que houve subfaturamento nos preços dos medicamentos, na operação comercial entre a CIMED IND. DE MEDICAMENTOS LTDA (CNPJ 02.814.497/0007-00) tendo como destinatário o estabelecimento MARIA ADELAIDE CAVALCANTE DE CASTRO (CNPJ 13.438.405/0001-58), no Estado do Piauí, no presente caso, sequer poderia ser atribuída ao transportador, visto que esse não poderia subfaturar, e não tem interesse jurídico na situação considerada ilícita.

Assim, no caso concreto, o Fisco não acostou nos autos provas de que o transportador, proprietário do veículo ou seu representante tenha concorrido para a prática do fato infringente constatado, muito menos de que tal fato tenha decorrido do exercício da atividade do mesmo, visto que as mercadorias estavam acompanhada de nota fiscal regularmente emitida.

Desta feita, verifico que, tanto não restou comprovada a prática da infração imputada no presente lançamento, tampouco seria o Recorrido legitimado para figurar no polo passivo da respectiva exação fiscal.

Em razão do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **217449.1001/13-5**, lavrado contra **GERALOG TRANSPORTES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS