

A. I. Nº - 217449.1001/13-5
AUTUADO - GERALOG TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - IFMT - DAT - NORTE
INTERNET - 19. 03. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0039-01/14

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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 14/10/2013 constitui crédito tributário no valor histórico de R\$ 306.135,78, em razão da apuração da irregularidade a seguir descrita: utilização de documento fiscal consignando preços inferiores ao praticado (subfaturamento comprovado).

Consta na descrição dos fatos que “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 CTCR 43.062. Verificando a documentação, constatou que o CTCR 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.

O autuado apresentou impugnação, fls. 61/78, aduzindo os fatos acerca da exigência tributária e que tem conduta comercial irrepreensível, fiel cumpridor de suas obrigações fiscais, possuindo em sua carteira de clientes, diversas empresas em todo o território nacional.

Narra que em operação de transporte de mercadorias constantes da NF-e 47809 de titularidade da empresa CIMED INDUSTRIA DE MEDICAMENTOS LTDA, com destino a empresa MARIA ADELAIDE CAVALCANTE DE CASTRO, no Estado do Piauí, se viu obrigada a recolher um tributo indevido, na medida que o mesmo encontra-se devidamente amparado pela legislação fiscal nacional. Explica que a fiscalização do Estado da Bahia, através de seus agentes, constataram suposta falha na

emissão da Nota Fiscal Eletrônica e do Conhecimento de Transporte dessas mercadorias, considerou-as inidôneas, lavrando o presente Auto de Infração e Termo de Apreensão.

Argui, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, uma vez que sendo um ato vinculado, deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica. No caso, enumera os vícios seguintes:

Ilegitimidade passiva, considerando que por imperativo do art. 142, CTN, na constituição do crédito tributário, pelo lançamento, impõe-se a identificação do sujeito passivo, como aquele que guarda vínculo/pertinência entre a prática e a omissão da obrigação tributária imposta por lei. Nesse sentido, diz que o artigo 121 do Código Tributário Nacional (parágrafo único, inciso I), caracteriza o contribuinte, sujeito passivo da obrigação tributária, aquele que *“tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”*, o que não pode ser estabelecido na hipótese vertente, uma vez que o impugnante era apenas o transportador das mercadorias negociadas entre a fábrica localizada no Estado de Minas Gerais e o destinatário localizado no Estado do Piauí.

Diz ainda que houve cerceamento de defesa e afronta aos princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa (art. 5º LV), alegando que no processo administrativo, o auto de infração deve conter a origem e a natureza do crédito tributário, mencionar o dispositivo legal em que se fundamenta e a descrição completa dos fatos que ensejaram a autuação. Sendo imprescindível que o sujeito passivo conheça as acusações que lhe são imputadas para que possa exercer seu direito de rebatê-las. Diz que, no caso em tela, o auto de infração não atende tais preceitos e o levantamento elaborado pelo Sr. Fiscal não permite ao contribuinte questionar a origem do suposto crédito tributário, ora exigido, impossibilitando por completo o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa, uma vez que tal levantamento fora firmado por mera presunção de irregularidade no Conhecimento de Transporte emitido e suposto subfaturamento dos produtos existente no DANFE, cujos preços de medicamentos são controlados através do PMC.

Completa que o agente fiscal deveria comprovar a obrigatoriedade de utilização do Conhecimento de Transporte Eletrônico, uma vez que a legislação somente o exigiu a partir de 01 de dezembro de 2013; no tocante à política de preços, diz que o Estado não possui competência para legislar sobre a matéria, que é tratada e convencionada entre as partes, o que está no poder do Estado é instituir bases de cálculo para cobrança do ICMS e não a obstrução da prática mercantil. A existência do PMC visa justamente regular o mercado de medicamentos por ser um instituto de preços controláveis e para servir de base para proibir a venda a preços superiores a este. Até mesmo pela simples análise da tradução da sigla PMC (Preço Máximo ao Consumidor), percebe-se que o Estado pode até tomar por base para instituir a base de cálculo de seus impostos, mas, a atitude insensata do agente do fisco interferindo na políticas de negociação entre contribuintes é, no mínimo, uma afronta aos princípios constitucionais vigentes. Conclui que para a exigência do crédito tributário, não deve haver incerteza sobre a existência do ilícito.

Diz ainda que houve afronta ao princípio da Moralidade Administrativa, posto que a legislação pátria cuidou de delinear tanto os deveres do contribuinte bem como seus direitos, conforme se extrai do art. 195, CTN e a atuação do fiscal encontra-se limitada pelos princípios gerais de direito, mais notadamente, os de ordem constitucional, de modo que durante o exercício de suas atribuições não lhe é dada a faculdade de utilizar-se de todo e qualquer meio para autuar. No caso, ora *sub examine*, argumenta que o Fiscal não objetivou a constituição fática e probatória do crédito tributário, mas, o acusar de sonegador, esquecendo-se que não bastam argumentos, é preciso prova legal para sustentação do alegado; reclama que o fiscal adotou uma conduta sem lealdade ou ética, constituindo afronta aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial o princípio da moralidade pública (artigo 37 da Constituição Federal).

Questiona que dolo, fraude ou simulação não admitem presunção e, portando, o agente autuante deveria incumbir-se de comprovar através de provas materiais a existência do que alegou, o que

não ocorrera, no caso. Acrescenta que a operação em foco não trouxe qualquer prejuízo ao erário da Bahia, posto que as mercadorias se originaram no Estado de Minas Gerais com destino ao Piauí, não sendo internadas no Estado da Bahia, constando inclusive nas Notas Fiscais os vistos dos postos fiscais dos Estados por onde transitaram.

Diz que houve ainda afronta ao devido processo legal, considerando que a fiscalização ocorreu de modo desleal e abusivo, uma vez que não existe suporte probatório da existência de fraude, dolo ou simulação na emissão de tais documentos. Os documentos que embasam a presente autuação não compreendem a totalidade daqueles que o Fiscal estaria obrigado para comprovar a existência do crédito tributário. Diz que a jurisprudência tem confirmada a supremacia desse princípio, sua importância e aplicabilidade no processo administrativo e que é perceptível a precariedade processual do referido Auto de Infração, principalmente pela ausência de prova material para constituição do crédito tributário; situações que implicam sua nulidade.

Complementa, na lição de PLÁCIDO E SILVA e no entendimento doutrinário do artigo 142 do Código Tributário Nacional que, lavrar Auto de Infração significa proceder ao lançamento de ofício, devendo estar presentes todos os elementos constitutivos do crédito tributário reclamado, notadamente a *matéria tributável, as provas que culminaram na constituição do crédito tributário*, que, no presente PAF, não são suficientes para corroborar com a presunção da autoridade fiscal, pelo que se requer seja considerado, de pleno direito, um ato nulo.

No mérito, sublinha que sua defesa é tempestiva, destacando que a acusação não condiz com a realidade fática, reitera a idoneidade da pessoa jurídica, ora autuada; diz que resta, na autuação, uma questão de adivinhação que a lei não impõe ao sujeito passivo, daí a necessidade de que o lançamento de ofício guarde estreita conformação com o art. 142 do Código Tributário Nacional, no tocante à determinação da matéria tributável. Cita decisões do Conselho de Contribuintes do antigo Ministério da Fazenda, nesse sentido.

Contesta o enquadramento legal, que considera que o trânsito da mercadoria fora feito com documentação inidônea; contesta a exigência do crédito tributário no regime sumário (art. 318, § 3º, do RICMS - Decreto nº 13.780/2012) e a aplicação da multa de 100%, atestando que fora consignada quantia diversa do valor da operação ou prestação no documento fiscal;

Alega que o auditor fiscal tentou de todas as maneiras tornar crime um ato coberto em sua totalidade de preceitos legais, esquecendo-se que o *ônus probandi* para caracterização do ilícito é do Estado, através de seus agentes, não restando em nenhum momento provada a inidoneidade dos documentos fiscais que ensejaram o lançamento do crédito tributário. Contesta a atitude fiscal ao afirmar que os produtos medicamentos são controlados através do PMC, para coibir a prática dolosa do subfaturamento, quando, na verdade, o intuito precípua do PMC é evitar que os fabricantes de medicamentos aumentem sobremaneira os preços de seus produtos pela simples lei da oferta e da procura, jazindo daí a defesa dos consumidores, mas, jamais com o intuito de regular relações comerciais entre fornecedor e atacadista, que nenhum ente poderá interferir.

Explica que o subfaturamento jamais pode ser “alvitado” tomando-se por base índices oficiais do governo, que têm o intuito de proteger o consumidor e jamais de regular políticas comerciais.

Diz que é repreensível o comportamento fiscal, que não procurou enquadrar os contribuintes diretos à situação, lavrando o referido auto em nome do transportador que, sequer, é sujeito passivo, na situação em comento. Pede suspensão da multa aplicada no presente Auto de Infração, nos termos do artigo 151 do CTN; discorre e reclama da aplicação da multa considerada confiscatória (art. 150, inciso IV, CF 88, concluindo pela nulidade do ato administrativo (Súmula 473, STF) e a improcedência do auto de infração.

Procuração, fl. 91, dando poderes ao representantes legais que subscrevem as razões da defesa.

O preposto fiscal presta Informação Fiscal, fl. 97, aduzindo que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa. Deve, no

caso, ser a peça ser remetida a DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113, combinado como art. 117, RPAF BA.

Explica que a escolha da via judicial consiste na desistência da defesa ou recurso e o consequente encerramento do processo administrativo fiscal (art. 27, RPAF/BA), reiterando a sua remessa para a DARC (Diretoria de Arrecadação).

É o relatório.

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, após 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 trânsito 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 condena, 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, mais 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 providência 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 trânsito 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 inferior 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 exerça 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 precípuo 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 equivoco, 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 inquina 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 ressaltar 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 acompanhada de nota fiscal regularmente emitida.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 217449.1001/13-5, lavrado contra GERALOG TRANSPORTES LTDA.

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, 25 de fevereiro de 2014.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR