

A. I. Nº - 213080.0100/13-0
AUTUADO - TRANSNATÁLIA TRANSPORTES RODOVIÁRIO LTDA.
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 15.04.2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0059-01/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. Vício formal do procedimento. Inexistência de qualquer termo que formalmente desse início ao novo procedimento fiscal: não foi lavrado nem Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, nem Termo de Início de Fiscalização, nem Termo de Apreensão. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/10/2013, formaliza o lançamento de crédito tributário no valor de R\$5.629,38, acrescido da multa de 100%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal. Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que as mercadorias efetivamente entregues em empresa e local diverso do constante na documentação fiscal. Empresa Hoshi Door Ltda., IE 41.888.128, endereço Av. Floresta – Térreo, 170 – Portão – Lauro de Freitas. DANFE Nº 8118. Consta ainda a observação que o Termo de Ocorrência Fiscal substitui o redigido manualmente de nº 143729, para refazimento da ação fiscal determinada pela Procuradoria Geral do Estado.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 23 a 30) consignando que o presente Auto de Infração foi lavrado em substituição ao Auto de Infração n. 213080.0022/09-1, lavrado em 2009, anulado por decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme o Acórdão CJF nº 0387-11/10, cuja cópia se encontra acostada aos autos.

Diz que a Cooperativa Agroindustrial Lar, estabelecida no Município de Itaipulândia, Estado do Paraná, contratou os seus serviços de transporte para enviar 195 caixas de brócolis congelado, 95 caixas de couve-flor congelado, 195 caixas de ervilha natural e 195 caixas de milho congelado para o Frigorífico e Transportadora Ubatã Ltda., sociedade empresária estabelecida no Município de Ubatã, Estado da Bahia.

Registra que, segundo informações do representante comercial da Cooperativa, essas mercadorias deveriam ser entregues ao Frigorífico e Transportadora Ubatã Ltda. em razão de encomenda anteriormente feita por esta empresa, contudo, houve um equívoco do setor comercial da Cooperativa quanto às quantidades das mercadorias solicitadas pelo Frigorífico e Transportadora Ubatã Ltda., pois, apenas havia solicitado 195 quilos de brócolis congelado, 95 quilos de couve-flor congelado, 195 quilos de ervilha natural e 195 quilos de milho congelado, muito embora o representante da empresa tivesse consolidado o pedido utilizando “caixas” como unidade de quantificação, e não “quilos”. Observa que diante do equívoco no processamento do pedido, foram transportados até o Frigorífico e Transportadora Ubatã Ltda., uma quantidade deveras maior de mercadorias do que aquelas efetivamente solicitadas. Acrescenta que, em razão disso, o Frigorífico e Transportadora Ubatã Ltda. alegou que não teria interesse em adquirir a quantidade de

mercadorias muito superior ao que havia sido solicitada, motivo pelo qual esses produtos foram devolvidos ao estabelecimento de origem, conforme se infere da análise do DANFE nº 8118, cuja cópia encontra-se anexada.

Observa que, diante da circunstância de que as mercadorias transacionadas são extremamente perecíveis e que a vendedora de tais produtos localiza-se em região distante (Estado do Paraná), a Cooperativar Agroindustrial Lar negociou os produtos não adquiridos pelo Frigorífico e Transportadora Ubatã Ltda. com outras empresas, quais sejam: as sociedades empresárias Hoshi e Dorr Ltda., A&A Comercial Ltda., Comal Comércio Atacadista de Alimentos Ltda., e SR Vegetais Comércio de Alimentos Ltda.

Aduz que, desse modo, se determinou a entrega de 145 caixas de milho congelado à sociedade empresária Hoshi & Dorr Ltda., conforme a Nota Fiscal nº. 3078; 45 caixas de couve-flor congelado e 100 caixas de ervilha natural para a empresa A&A Comercial Ltda., conforme a Nota Fiscal nº. 3083; 145 caixas de brócolis congelado e 45 caixas de ervilha natural para a empresa Comal Comércio Atacadista de Alimentos Ltda., conforme a Nota Fiscal nº. 3082, e 50 caixas de brócolis congelado, 50 caixas de couve-flor congelado e 50 caixas de ervilha natural para a empresa SR Vegetais Comércio de Alimentos Ltda., conforme a Nota Fiscal nº 3084.

Esclarece que ao realizar a entrega dos vegetais adquiridos pela empresa Hoshi & Dorr Ltda. em 23/10/2009, o senhor Bernardino Cattani, seu empregado e motorista do veículo carregado com todas as mercadorias devolvidas pela empresa Frigorífico e Transportadora Ubatã Ltda., estava munido tão somente do DANFE nº 8118, referente à devolução das mercadorias.

Diz que, à vista do ocorrido, a autoridade fazendária lavrou o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, registrado sob o número 143729, pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, pois, segundo afirmado pela autoridade fazendária, as mercadorias descritas no Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE nº 8118 supostamente foram *“entregues em empresa e local diverso do constante na documentação fiscal”*.

Registra que nesta mesma data, fora lavrado o Termo de Depósito, designando a Hoshi & Dorr Ltda. como fiel depositária das mercadorias apreendidas discriminadas no DANFE n. 8118. Acrescenta que, além disso, em decorrência dessa suposta infração, foi lavrado o Auto de Infração sob o número 213080.0022/09-1 no dia 09/11/2009, cobrando do senhor Bernardino Cattani o valor de R\$11.258,76, à título de ICMS e multa.

Assinala que em 25/10/2010 sobreveio decisão anulando o referido Auto de Infração, ante a patente ilegitimidade passiva do motorista da Transnatalia Transportes Rodoviários Ltda.

Menciona que ante a nova lavratura de Auto de Infração, indicando a prática da mesma infração tributária, mas desta vez indicando a Transnatalia Transportes Rodoviários Ltda. – EPP como sujeito passivo da obrigação tributária, impõe-se a apresentação da defesa para demonstrar a insubsistência da autuação ora examinada, em face da inocorrência de infração tributária que lhe foi imputada.

Reporta-se sobre a tempestividade da defesa, dizendo que malgrado lavrado em 31/10/2013, a intimação acerca do Auto de Infração em referência lhe foi noticiada, por via postal, precisamente em 20/12/2013, conforme aferível no endereço eletrônico de Rastreamento de Objetos dos Correios, restando caracterizado o termo inicial para contagem do prazo para apresentação de defesa, nos termos do art. 123 do RPAF.

Afirma que a análise das notas fiscais emitidas e encaminhadas aos respectivos clientes pela Cooperativa Agroindustrial Lar, tão logo as mercadorias foram comercializadas com outras empresas, demonstram a regularização das transações comerciais que se sucederam, e, sobretudo, o transporte e envio dessas mercadorias para os novos endereços indicados nas notas fiscais anexadas.

Diz que os Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFES de n. 3078, n. 3084, n. 3083 e nº 3082, demonstram a veracidade das operações comerciais realizadas entre a Cooperativa Agroindustrial Lar e as sociedades empresárias Hoshi e Dorr Ltda., A&A Comercial Ltda., Comal Comércio Atacadista de Alimentos Ltda. e SR Vegetais Comércio de Alimentos Ltda. e, consequentemente, respaldam o transporte de tais mercadorias para cada uma destas empresas, não se tratando, na hipótese, de entrega de mercadoria em local diverso.

Alega que apesar de não estarem na posse do seu empregado no momento da fiscalização realizada pelo autuante, esses documentos evidenciam a realidade fática acerca da comercialização e transporte dos gêneros alimentícios em questão, situação esta bastante diversa daquela vislumbrada pela autoridade fazendária no momento da lavratura do Auto de Infração.

Sustenta que a emissão espontânea e tempestiva dos documentos fiscais necessários ao transporte das mercadorias elide não somente a presunção de que os comerciantes tinham o intuito fraudulento ou de sonegar informações ao Fisco Estadual, afastando-se a incidência do art. 209, VI, do RICMS, como também desconstitui suposta entrega das mercadorias em lugar ou a usuário diverso do constante nos documentos fiscais, restando indubitável a inexistência de prejuízos fiscais à Fazenda em virtude da falta de recolhimento de tributo devido.

Diz que o autuante presumiu a entrega das mercadorias em locais diversos daqueles previstos nos documentos fiscais que lastreiam a comercialização dos produtos em razão das mercadorias comercializadas estarem desacompanhadas dos documentos fiscais correspondentes no momento da fiscalização.

Assevera que, além de não ter ocorrido o descumprimento do dever instrumental, consubstanciado na emissão de notas fiscais autônomas em relação a cada uma das novas transações comerciais realizadas pela Cooperativa Agroindustrial Lar, tendo em vista que elas foram emitidas no mesmo dia da entrega das mercadorias nos estabelecimentos comerciais de destino, o fato do transportador não estar munido desse documentário fiscal no momento da fiscalização do agente fazendário não redundou em qualquer prejuízo ao Fisco quanto ao recolhimento de tributos.

Salienta que a obrigação acessória, apesar de prescindir da existência de uma obrigação principal a acompanhando, somente se justifica quando seu cumprimento seja indispensável para que a autoridade fazendária investigue acerca da ocorrência ou não do fato gerador do tributo, munindo-a com informações sem as quais haveria um embaraço à ação fiscal do ente tributante, razão pela qual, a obrigatoriedade de emissão de documentário fiscal é um dos recursos mais eficazes utilizados pelo ente estatal para controlar e fiscalizar o regular recolhimento do ICMS.

Observa que as mercadorias comercializadas, no caso, gêneros alimentícios *in natura*, são produtos sabidamente isentos do pagamento de ICMS, conforme dispõe o art. 14 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia. Diz que, além de ser uma das hipóteses clássicas de produtos albergados pela isenção, realidade esta que não pode ser desconsiderada pelo autuante, o próprio documento de devolução das mercadorias, DANFE nº 8118, atesta a inexistência de valores a serem recolhidos ao Fisco Estadual em razão da comercialização desses produtos.

Alega que, desse modo, somente se justificaria um rigor acerca do fato de as mercadorias estarem desacompanhadas das respectivas notas fiscais, apesar destas terem sido tempestivamente emitidas, caso isto viesse a dificultar a investigação e controle do recolhimento do tributo (inexistente no caso) pelo Fisco e fosse constatado o intuito fraudulento dos agentes envolvidos, consubstanciado na sonegação dos valores eventualmente devidos ao ente estadual.

Aduz que não havendo esse risco, ou seja, não havendo sequer a possibilidade de existir a obrigação principal de pagar tributo, o dever instrumental ora discutido perde sua razão de ser, motivo pelo qual se mostra desmensurada a lavratura de auto de infração em virtude da falta de apresentação dos documentos fiscais correspondentes pelo transportador dos vegetais no momento da fiscalização.

Ressalta que além da inexistência de valores a serem recolhidos à título de tributo, tendo em vista a isenção das mercadorias, também não há valor devido à título de multa. Tece comentário sobre a aplicação de multa, e afirma que no caso em comento cabe aplicação do disposto no art. 158 do RPAF, considerando que, ainda que se agasalhe a tese do descumprimento de obrigação acessória, não houve qualquer dolo, fraude ou simulação que tenha causado prejuízo ao Fisco.

Afirma que desse modo, como o descumprimento de obrigação formal não gerou, sequer, dano potencial aos cofres públicos, o débito constituído a título de multa deve ser desconstituído.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, também, subsidiariamente, caso considerada procedente a infração, o cancelamento da multa imposta, nos termos do art. 158 do RPAF. Postula ainda a produção de provas pelos meios permitidos, especialmente a juntada dos documentos anexados.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 60 a 62) registrando que em face da decisão pela nulidade do lançamento anterior, repetiu o mesmo teor da ação fiscal alterando apenas o sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de Infração anterior foi declarado nulo por ilegitimidade passiva e desta forma o crédito foi reclamado contra o real transportador que vem a ser o responsável direto pelo cometimento da infração na qualidade de responsável solidário, segundo a Lei 7.014/96.

Esclarece que a equipe de fiscalização que efetuou a lavratura do Termo de Apreensão, cumprindo com as suas atribuições, ao abordar o veículo transportador verificou que este se encontrava com destino ao estado do Paraná e com desvio de percurso para a cidade de Lauro de Freitas. Diz que ao seguir o caminhão foi constatado que as mercadorias foram descarregadas e a efetiva entrega feita à empresa Hoshi Door Ltda., situada na av. Floresta, 170 – Portão, na cidade de Lauro de Freitas. Registra que, como prova material a favor do Fisco, as mercadorias foram depositadas no local da descarga ficando o contribuinte infrator como fiel depositário.

Salienta que em sua peça de defesa o autuado nada justifica. Diz que a acusação fiscal é objetiva e cristalina, sendo a redação bem definida, tratando-se de mercadoria oriunda da cidade de Ubatã – BA com destino ao Estado do Paraná, sendo descarregada na empresa Hoshi Door Ltda., cidade de Lauro de Freitas- BA.

Ressalta que o CONSEF é bastante claro quanto ao acima delineado, conforme pode ser observado em brilhante decisão exarada pelo abalizado conselheiro relator Dr. José Bizerra Lima Irmão no Acórdão JF nº 0098-03/11, cujo texto reproduz.

VOTO

Verifico que o Auto de Infração em exame foi lavrado em face de o Auto de Infração n. 213080.0022/09-1, lavrado em 2009, ter sido anulado por decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme o Acórdão CJF nº 0387-11/10.

Preliminarmente, cabe-me consignar que constato a existência de vício formal que inquina de nulidade o lançamento de ofício em exame.

Isto porque, inexistente qualquer termo que formalmente desse início ao novo procedimento fiscal, ou seja, não foi lavrado nem Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, nem Termo de Início de Fiscalização, nem Termo de Apreensão.

Como não se trata de mercadorias em trânsito - haja vista que a própria autuante esclareceu na informação fiscal que as mercadorias foram descarregadas e a efetiva entrega feita à empresa Hoshi Door Ltda., situada na av. Floresta, 170 – Portão, na cidade de Lauro de Freitas, e como prova material a favor do Fisco, *as mercadorias foram depositadas no local da descarga ficando o contribuinte infrator como fiel depositário* (g.n) - caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento e não mais trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide (modelo 4).

Ao teor do art. 196 do Código Tributário Nacional, os prepostos do Fisco devem lavrar termo próprio, no início dos trabalhos fiscais, na forma da legislação aplicável. No caso, a regra jurídica aplicável no Estado da Bahia está consubstanciada no art. 127, § 1º, II, do COTEB, com a alteração feita pela Lei nº 7.438/99, e no art. 28 do RPAF/99. Considerando que o art. 29 do RPAF estabelece, de forma taxativa, as hipóteses em que é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, deduz-se, em sentido contrário, que em todas as demais situações não contempladas no citado dispositivo é obrigatória a lavratura do aludido termo.

No presente caso, não foi lavrado termo que formalmente desse início ao procedimento fiscal, isto é, nem Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, nem Termo de Início de Fiscalização, nem Termo de Apreensão. Em verdade, apenas foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal em substituição ao redigido manualmente de nº 143729, conforme observação constante na descrição dos fatos do Auto de Infração.

Cumpra observar quanto ao registro feito pela autuante de que *o CONSEF é bastante claro quanto ao acima delineado, conforme pode ser observado em brilhante decisão exarada pelo abalizado conselheiro relator Dr. José Bizerra Lima Irmão no Acórdão JJF Nº 0098-03/11*, que apesar de o número do Acórdão ter sido mencionado equivocadamente, pois trata de matéria diversa da tratada na autuação em exame, em recente decisão da primeira instância deste CONSEF, Acórdão JJF Nº 0025-01/14, de 06/02/2014, o ilustre Julgador José Bizerra Lima Irmão proferiu o seu voto pela nulidade do lançamento em autuação de trânsito, na qual houve renovação do lançamento em face de o Auto de Infração anterior ter sido anulado em virtude de Representação da Procuradoria Fiscal.

Parece-me conveniente reproduzir, a título ilustrativo, trechos do voto do referido Julgador proferido no Acórdão JJF Nº 0025-01/14, conforme faço abaixo:

“VOTO

(...)

No presente caso, trata-se de renovação de lançamento: um Auto de Infração anterior havia sido anulado em virtude de representação da Procuradoria Fiscal (fls. 19/29). O referido Auto foi anulado por conter inúmeros erros, tanto de ordem material quanto formal. Quando o primeiro Auto foi lavrado, as mercadorias estavam em trânsito. Agora, não estão mais.

(...)

Como não se trata de mercadorias em trânsito, a autoridade fiscal – a autoridade fiscal competente – teria de comportar-se como se comportam os fiscais de estabelecimento. O art. 196 do CTN prevê que os prepostos do fisco devem lavrar termo próprio, no início dos trabalhos fiscais, “na forma da legislação aplicável”. A regra jurídica aplicável a esse caso, na Bahia, está consubstanciada no art. 127, § 1º, II, do COTEB (com a alteração feita pela Lei nº 7.438/99) e no art. 28 do RPAF. Tendo em vista que o art. 29 do RPAF enumera, taxativamente, as hipóteses em que é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, deduz-se, “a contrario sensu”, que em todas as demais situações não contempladas no citado dispositivo é obrigatória a lavratura do aludido termo. A jurisprudência preponderante neste Conselho relativamente à falta de Termo de Início de Fiscalização é pela nulidade do procedimento: Resoluções nº 1893/95, 2518/95, 2845/95, 461/96, 1835/95, 426/95 e 5595/96.

Não foi lavrado nenhum termo que formalmente desse início ao procedimento fiscal: nem Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, nem Termo de Início de Fiscalização, nem Termo de Apreensão.

(...)

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Como se vê a posição do ilustre Julgador foi no sentido de nulidade do Auto de Infração, pela existência de vícios formais no lançamento.

Diante do exposto, é nulo o lançamento de ofício em tela, por inobservância do devido processo legal.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

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 213080.0100/13-0**, lavrado contra **TRANSNATÁLIA TRANSPORTES RODOVIÁRIO LTDA.**

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR