

A. I. Nº - 130577.0104/14-8  
AUTUADO - LEXMAR TRANSPORTES LTDA. - ME (BV BAHIA TRANSPORTE)  
AUTUANTE - GRAÇA HELENA SOUZA CARDOSO  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET - 15.07.2015

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0117-04/15

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA E FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. O Auto de Infração foi lavrado contra pessoa que não tem legitimidade passiva para constar da relação tributária. Além do mais, o lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. A ação fiscal deixou de demonstrar de que modo foi apurada a base de cálculo do imposto. Nos termos do art. 18, II, III e IV do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) a ação fiscal é nula. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/09/2014 no trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$9.605,00 acrescido da multa de 100%, pela *“divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física.”*

Consta na descrição dos fatos: *"Em data, hora e local, no exercício das minhas funções fiscalizadoras, constatamos as seguintes irregularidades: Quatro mil seiscentos e oitenta e cinco (4.685) peças de confecções com documentos fiscais nºs 13.107 e 13.108 sem descrição dos produtos COM divergência no quantitativo das mercadorias. Documentação fiscal considerada INIDÔNEA, conforme Artigo 40 § 3º, 44, inciso II, alíneas "d" e "f" da Lei nº 7.014/96 c/c Artigo 318 § 3º do RICMS/BA. As referidas mercadorias foram conduzidas a Transportadora LEXMAR TRANSPORTES LTDA INSC Nº 73.964.753, e realizada a contagem física dos volumes (80) no depósito da Av. Aliomar Baleeiro S/n., Bairro Sete de Abril onde foi encontrado a quantidade acima citada, em desacordo com a descrição nos referidos DANFE's."*

A autuação teve por base o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 13057700 (fl. 08), onde consta que restou como fiel depositário das mercadorias a empresa ora autuada. Entretanto, o referido termo foi emitido em nome da G&A TTRANSPORTES LTDA., localizada à rua da convenção, Galpão nº 270, Santo Antonio dos Prazeres, Feira de Santana/BA, IE nº 49519778, CNPJ nº 02.029.345/0001-01.

Neste Termo de Apreensão ainda consta a seguinte informação: *"calças (pç) 545/Após contagem dos volumes foram encontrados 4.685 peças de confecções. Documentação inidônea" E em informação com outra tinta de caneta: "DANFE nº 13.107/108"*

Em 22/12/2014 a empresa autuada atravessa comunicação para devolução das mercadorias a esta SEFAZ em relação à NF-e nº 13.108 (fl. 29).

Consta á fl. 28 as seguintes informações (anotadas não se sabe por quem e em lápis com a mesma caligrafia):

- . Alessandro: 8898-1497 / 3393-0716
- . OBS: OK! Avisado em 23/12/14
- . Mercadorias já entregues no nosso depósito

Em 07/01/2015, o autuado foi intimado para tomar ciência do Auto de Infração, lhe sendo concedido prazo de 30 dias para pagamento ou defesa (fl. 24). A empresa não recebeu a correspondência, pois, em 26/02/2015 (fl. 26), foi ela devolvida à SEFAZ.

Em 24/03/2015, a empresa apresenta impugnação ao lançamento fiscal (fl. 41/42). Solicita que o Auto de Infração seja anulado. Afirma ser pessoa ilegítima na demanda ora discutida já que os DANFE's identificam o remetente e o destinatário das mercadorias.

Alega, em seguida, "que a multa" foi exigida de forma arbitrária, pois o fiscal autuante não apresentou qualquer comprovação "*relacionado a origem do valor ora imputado e extirpando assim o justo e legal direito de defesa e/ou contra-argumento*".

Informa que as mercadorias já se encontram na posse desta Secretaria de Fazenda desde 08/01/2015 e diz que se encontra à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessária.

Em 24/03/2015 (fl. 49), o Coordenador de Atendimento da IFMT Metro solicita ao Inspetor Fazendário a alteração da situação do PAF no SIGAT – Sistema do Crédito Tributário desta SEFAZ, uma vez que o autuado ainda não havia, até aquela data, sido formalmente notificado da lavratura do Auto de Infração. Neste e-mail observou que se a situação persistisse, levaria o Auto de Infração à revelia, situação indevida, pois o autuado havia protocolado defesa.

A autuante presta a seguinte informação (fls. 57/58):

***GRAÇA HELENA SOUZA CARDOSO, vem apresentar informação fiscal em relação à UMA SUPOSTA impugnação do lançamento que gerou o Auto de Infração em questão, lavrado na fiscalização de Mercadorias em Trânsito, em que exige a cobrança do ICMS em razão do TRANSPORTE DE MERCADORIA SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL.***

*A questão principal se resume à exigência do imposto em relação a mercadoria sendo transportada E QUE APÓS CONFERÊNCIA foi constatado que a grande parte estava sem documentação fiscal e isto é uma questão incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte transportar que não efetuou defesa apenas entregou ao contribuinte parte que estava regular e entregou o restante a Secretaria da Fazenda que transformou o pedido em defesa administrativa. Em resumo solicitou apenas "um agendamento para a entrega das mercadorias oriunda da Nota Fiscal nº 13;108 (...) tendo como finalidade a entrega do material e finalização do auto de Infração" e não obstante o reconhecimento da irregularidade afirma que " estamos a disposição" para entrega das mercadorias.*

*Cumpre nos ressaltar que o requerente nem sequer efetuou defesa, pois o caminhão foi interceptado no transito de Mercadorias, e após conferência item por item foi constado uma quantidade a maior que foi liberado e a transportadora na qualidade de responsável solidaria funcionou como sujeito passivo da obrigação tributária.*

*O autuado é sabedor de que estava em SITUAÇÃO IRREGULAR NO TRANSPORTE DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL e isto está sacramentado. Em resumo o erro foi do atendimento ao contribuinte que ao invés de protocolar o pedido ao deposito de mercadoria apreendidas, encaminhou a petição ao CONSEF que transformou em defesa.*

***O que está demonstrado e o que ocorreu FOI O TRANSPORTE DE MERCADORIA SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL.***

***Finalmente a titulo de esclarecimento informamos que O PROPRIO autuado JÁ RECONHECEU e mandou entregar as mercadorias que estavam em situação irregular.***

*Entretanto, o presente documento de entrega de mercadorias foi protocolado pelo atendimento em contestação e não deveria ser objeto de apreciação.*

*Ao final reiteramos que as mercadorias irregulares (sem documento fiscal) encontram-se sob a guarda desta IFMT/METRO, conforme documento de fls. 43 do presente PAF. Esperando apenas o julgamento para encaminhar para a SAEB efetuar os procedimentos de praxe e extinção o processo livrando o nome da transportadora.*

*Os documento fiscais (DANFES) anexados ao processo serviram apenas para efeito de apurar a Base de cálculo (fls. 06 e 07) das mercadorias que estavam sem documento fiscal.*

*Face ao exposto mantenho a ação fiscal em toda a sua inteireza, clamando pela sua procedência total e com respaldo na legislação.*

## VOTO

Preliminarmente e antes de adentrar em qualquer consideração a respeito das razões de impugnação ao presente lançamento fiscal, entendo pertinente tecer algumas considerações a respeito do entendimento da n. autuante de que a Inspetoria (e observo não restar provado nos autos qualquer solicitação deste Colegiado), equivocadamente, reabriu prazo de defesa ao contribuinte.

Observo que uma citação, ou no caso do processo administrativo fiscal, a intimação para ciência de atos no processo (no caso intimação para ciência do Auto de Infração) é imprescindível ao estabelecimento e desenvolvimento válido da relação processual. É pela intimação que se estabelece o contraditório, cientificando-se o acusado da imputação que sobre ele pesa e propiciando-lhe fazer sua defesa, da maneira mais ampla possível (art. 5º, LV, CF).

E o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal deste Estado – RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) assim dispõe:

***Art. 108.** A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem:*

***Art. 109.** Considera-se efetivada a intimação:*

***I** - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente;*

***II** - quando por remessa, na data do recebimento, sendo que, se for omitida a data, a intimação considera-se feita:*

***a)** se remetida por via postal, na data em que for devolvido o comprovante de recebimento ao órgão encarregado da intimação;*

***b)** se enviada por qualquer outro meio ou via, 3 (três) dias após a data da expedição;*

Assim, da leitura e análise dos citados dispositivos acima expostos, resta clara que o contribuinte deve (por obrigação legal) ser intimado, formalmente, para tomar ciência da lavratura do Auto de Infração. O fato dele, informalmente, ter conhecimento de que alguma ação fiscal a ele foi imputada, este fato não supri as formalidades legais visando não serem desobedecidos os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa.

No caso presente este procedimento não havia acontecido até o momento (em março de 2015) quando o contribuinte apresentou defesa e a SEFAZ modificou, no sistema SIGAT, a data de ciência do lançamento fiscal e tudo conforme relatado no relatório do presente Acórdão. E, no caso, como a intimação não foi realizada (a feita foi ineficaz já que não recebida), apenas se considerou como data de ciência a mesma da apresentação da defesa. Inclusive poderia o contribuinte, se assim desejasse, usufruir do seu prazo de 60 dias para apresentar qualquer outra manifestação e tudo de acordo com o art. 123, do RPAF/BA, ou mesmo não ter apresentado qualquer defesa até que a SEFAZ, formalmente, o intimasse. A revelia, no presente caso, é medida legal totalmente contrária à situação posta e o pedido da empresa, que restou como fiel

depositário das mercadorias, para transferi-las ao adquirente não tem o condão de afastar todo o procedimento legal que deve o Estado se pautar.

Feitas tais considerações, passo a apreciar a impugnação apresentada pela empresa e que consta às fls. 41/42 dos autos.

O Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadorias, exige ICMS pela *"divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física."*

O impugnante apresenta duas razões para a nulidade da ação fiscal.

Na primeira alega ilegitimidade passiva, pois diz não ser o responsável tributário pela operação comercial autuada já que nos documentos fiscais estão consignados os nomes do remetente e adquirente das mercadorias.

Embora constate haver claramente uma ilegitimidade passiva tributária na presente autuação, entendo que este simples argumento do impugnante não pode ser levado em consideração e explico.

Observando as determinações insculpidas na Lei Complementar nº 87/96, ela perfeitamente caracteriza como ocorrência do fato gerador do imposto, o local desta ocorrência e a responsabilidade que recai sobre o contribuinte, conforme previsões contidas nos seus arts. 5º, 11 e 12. Tais determinações foram totalmente absorvidas, como não poderia deixar de ser, pela Lei Estadual nº 7014/96, nos seus arts. 4º, 6º e 13. Ou seja, estando provada que a NF-e era inidônea para a operação que a fiscalização detectou como irregular e estando elas ainda em trânsito (ou seja, em mãos do transportador) recai sobre ele, por responsabilidade solidária, a exigência do pagamento do imposto devido pelo contribuinte de direito. E, neste caso, deve ele (transportador), para não ser onerado por tal exigência, observar todas as formalidades legais insculpidas na norma vigente quando da contratação do transporte. A ele não é dado o desconhecimento da legislação tributária.

Entretanto, ao analisar a ação fiscal, a ilegitimidade passiva que inquina a ação fiscal à nulidade perpassa pelos seguintes fatos a seguir postos.

O Termo de Apreensão e Ocorrências de nº 13057700 (fl. 08) foi lavrado contra a empresa G&A TRANSPOTES LTDA., localizada à rua da Convenção, Galpão nº 270, Santo Antonio dos Prazeres, Feira de Santana/BA, IE nº 49519778, CNPJ nº 02.029.345/0001-01. Ou seja, contribuinte que diante da norma legal não possui qualquer relação com a empresa autuada. A fiscal autuante, quando lavrou o Termo de Ocorrência Fiscal mudou tal identificação, e indicou como empresa que praticou a irregularidade o autuado (fl. 04/05). Tal termo, além de, em qualquer momento, ter sido dado a conhecer ao impugnante, não tem qualquer efeito de ordem legal e material, pois além de mudar a identificação do contribuinte que havia praticado a irregularidade no momento da ação fiscal, é impróprio para o presente caso, conforme disposto no art. 28, IV-A, do RPAF/BA. Em assim sendo, tal termo não possui qualquer validade jurídica, inclusive para não ferir o princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. E aqui ressalto: o Termo de Apreensão de Mercadorias é a base que o fisco possui para exigir o tributo no trânsito de mercadorias. Sem ele, ou com ele incorretamente lavrado, a ação fiscal não pode prosperar.

E a situação não para por aí. Ao continuar a análise do Termo de Apreensão e Ocorrências de nº 13057700 (fl. 08), único termo com base para surtir os efeitos legais, o autuado havia restado, apenas, como fiel depositário das mercadorias apreendidas, significando dizer que sua relação com a irregularidade apontada foi, tão somente, de guardião das mercadorias. E aqui ainda observo: se, acaso, a empresa autuada, na condição de fiel depositário não entregasse ao destinatário ou mesmo ao fisco as mercadorias apreendidas, poderia haver ação cível contra ele e não tributária.

E ainda existe outra situação irregular. Analisando os CT-e's (fls. 16/17) foram eles emitidos pela LEXMAR TRANSPORTES LTDA. – ME, localizada á rua Engº Alberto Leimer, Galpão C, 181, Pq. Industrial, Guarulhos, SP.

Diante do § 3º II, do art. 11, da Lei Complementar nº 87/96 não se pode esquecer, nem desobedecer, a autonomia dos estabelecimentos ("*é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular*"). Neste sentido, quem estava transportando as mercadorias era a empresa LEXMAR TRANSPORTES LTDA. – ME, situada em Guarulhos/SP e não a estabelecida neste Estado, que, apenas, volto a frisar, restou como fiel depositária das mesmas. Seria com este estabelecimento que existia a relação jurídica do Estado e conforme acusado.

Por tudo exposto, concordo com o impugnante não ser ele o responsável tributário pela operação comercial ora em lide, porém com fundamento na exposição acima realizada.

Poderia encerrar as minhas considerações neste momento, pois entendo que a partir delas o Auto de Infração encontra-se fulminado de nulidade. No entanto, outra nulidade aqui se apresenta e que foi, inclusive, apresentada como segunda questão pelo impugnante, a qual considero importante tecer considerações.

Diz ele que, "*que a multa foi exigida de forma arbitrária, pois o fiscal autuante não apresentou qualquer comprovação relacionado a origem do valor ora imputado e extirpando assim o justo e legal direito de defesa e/ou contra-argumento*".

Embora aqui não se esteja falando de penalidade (obrigação acessória) e sim do imposto exigido (obrigação principal), de fato não se sabe como a n. fiscal autuante apurou a base de cálculo do imposto, nem, tampouco, qual a real quantidade das mercadorias que foram apreendidas.

No Termo de Apreensão e Ocorrências de nº 13057700 (fl. 08) consta que quando da contagem física foram constatadas as seguintes mercadorias: 965 vestidos, 95 saias, 2.992 blusas, 25 shorts, 46 bermudas, 15 macacões e 545 calças, perfazendo um total de 4.685 peças. Com outra caligrafia e tinta foi consignado neste termo que as mercadorias diziam respeito aos DANFE's nºs 13.107 e 13.108.

Nos DANFE's apresentados (nº 13.107 e 13.108 – fls. 15 e 11) constam: "saldo variado" 1.250 peças a R\$2,00 (preço unitário) e 1.250 de "peças sortidas" com o valor unitário de R\$2,00, respectivamente.

Neste caso, o fisco deveria proceder a uma verificação no mercado local do preço de tais peças de vestuário para apurar a base de cálculo. A fiscal autuante embora tenha apensado aos autos um levantamento de preço corrente (fl. 07) não consta que fez tal pesquisa. Apenas se denota que arbitrou preço unitário para todas as mercadorias de R\$10,00 a exceção dos vestidos que indicou R\$20,00. Com tais preços, calculou a base do imposto (fl. 06/07).

Poderia, se não já houvesse nulidade do lançamento fiscal por ilegitimidade passiva, encaminhar os autos em diligência à fiscal autuante para que ela indicasse como havia chegado a tais preços. Porém ela própria nega tal diligência ao informar na sua contestação à defesa apresentada que: *Os documento fiscais (DANFES) anexados ao processo serviram apenas para efeito de apurar a Base de cálculo (fls. 06 e 07) das mercadorias que estavam sem documento fiscal. Ora os DANFE's trazem preço unitário de R\$2,00 e não de R\$10,00 e R\$20,00.*

E ainda resta dúvida quanto as quantidades das mercadorias. Pelo Termo de Ocorrência e descrição dos fatos no corpo do Auto de Infração foram encontradas 4.685 peças de vestuário acobertadas pelos DANFE's nºs 13.107 e 13.108 que continham, apenas, 2.500 peças. Foram autuadas as 4.685 peças de vestuário. No entanto, quando da informação fiscal, a autuante afirma: *A questão principal se resume à exigência do imposto em relação a mercadoria sendo transportada E QUE APÓS CONFERÊNCIA foi constatado que a grande parte estava sem documentação fiscal e isto é uma questão incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte transportar que não efetuou defesa apenas entregou ao contribuinte parte que estava regular (grifo não original) e entregou o restante a Secretaria da Fazenda que transformou o pedido em defesa administrativa..... Cumpre nos ressaltar que o requerente nem sequer efetuou defesa, pois o caminhão foi interceptado no transito de Mercadorias, e após conferência item por item foi constado uma quantidade a maior que foi liberado e a transportadora na qualidade de responsável solidária funcionou como sujeito passivo da obrigação tributária.*

Pergunta-se, qual de fato foram as quantidades de peças de vestuário contadas que o fisco considerou regular? Pelo pedido formulado pela empresa (fl. 29) somente dizia respeito a NF-e nº 13.108. Porém nem mesmo tal informação dirime a dúvida instalada.

Por tudo exposto, embora entendendo que os documentos fiscais são inidôneos, diante da forma como foi realizada a ação fiscal somente posso votar, e como voto, pela nulidade da ação fiscal com base nas disposições do art. 18, II, III e IV, do RPAF/BA.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **130577.0104/14-8**, lavrado contra **LEXMAR TRANSPORTES LTDA. - ME (BV BAHIA TRANSPORTE)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR