



<u>DECISÃO Nº</u>	37/2012
PAT N.º	1502/2011-1ª URT – PROTOCOLO SET 821/2012-9
<u>AUTO DE INFR. N.º</u>	06811/1ª URT, de 14/12/2011
AUTUADA	BRASPRESS TRANSPORTES URGENTES LTDA.
ENDEREÇO	Av. Piloto Pereira Tim BR 101, 1119, 11A5, Q PQ de Exposições/Parnamirim-RN
AUTUANTE	Janilson Silvino de Araújo, mat. 916650
DENÚNCIA	<u>Ocorrência</u> – Entrega, remessa ou transporte de mercadorias sem documentação fiscal, NF Mod. 1, não acoberta a operação, uma vez que foi emitida em desacordo com Protocolo do ICMS 042/09.

EMENTA: Entrega, remessa ou transporte de mercadorias sem documentação fiscal, NF Mod. 1, não acoberta a operação, uma vez que foi emitida em desacordo com Protocolo do ICMS 042/09.

1. Mercadoria, isenta, foi transportada com nota fiscal, emitida e circulada sem restrição pelo Fisco de origem.
2. Entende-se que Fisco tenta transferir, indevidamente, responsabilidade pela atividade fiscalizatória ao terceiro.
3. Entende-se também que Fisco deveria tentar punir inicialmente o emitente, que responsabilidade solidária deve ser aplicada quando não for possível alcançar o real responsável pelo documento considerado inidôneo ou quando transportador efetuar transporte sem documentação fiscal ou quando esta for visivelmente inidônea, ou quando documento não for apresentado ao Fisco pelo transportado, implicando em culpa e resultando geralmente em sonegação fiscal, o que não é o caso.
4. Isenção do setor (televisão aberta) não obrigaria emitente à NF-e, estabelecendo a dívida, favorável ao defendente.
5. Ação fiscal improcedente.

SPD



1. O RELATÓRIO
1.1 A DENÚNCIA

Depreende-se do Auto de Infrção n.º 06811, da 1ª URT, de 14/12/2012, que a empresa acima epigrafada, qualificada nos autos, infringiu o art. 192, inciso VI ou VIII, do Regulamento do ICMS, Decreto 13.640/97, pela entrega, remessa ou transporte de mercadorias sem documentação fiscal; NF Mod. 1, não acoberta a operação, uma vez que foi emitida em desacordo com Protocolo do ICMS 042/09, conforme demonstrativo anexo.

A falta detectada levou à proposta de penalidade prevista no art. 340, III, alínea "a", do mesmo decreto, implicando em multa de R\$ 1.090,80 (hum mil e noventa reais e oitenta centavos), valor a ser corrigido monetariamente.

Juntados Termo de Apreensão de Mercadorias, cópia da nota fiscal e demonstrativo, extratos e documentos de consulta do contribuinte.

A IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se à denúncia apresentada, no prazo regulamentar, alega a autuada, sucintamente, o que se segue:

1- Preliminarmente, que a impugnanante não é parte legítima para integrar o polo passivo, pois a transportadora não emitiu a nota fiscal que deu origem à mercadoria apreendida, sendo responsável apenas pela emissão do conhecimento de transporte, e que a responsabilidade pelo documento fiscal é do emitente, no caso, contratante do serviço.

2- Que a obrigatoriedade da utilização da nota fiscal eletrônica imposta pelo Protocolo nº 42/09, não se aplica aos contribuintes emissores dos documentos fiscais, ou seja, quem transporta as mercadorias, conforme artigos 743, 744 e 745 do Código Civil, que prevê não só responsabilidade do contratante quanto o direito a indenização, pelo transportador, em caso de informação falsa ou inexata no documento.

3- No mérito, afirma que a atividade exercida pela remetente das mercadorias é televisão aberta, não sujeita a incidência do ICMS, nos termos do artigo 155, II, § 2º, inciso X, alínea "d", da Constituição Federal.

4- Que o Protocolo 42/2009 deixa claro que a obrigatoriedade se aplica aos "contribuintes" do imposto, o que não é o caso do emitente da NF 811, não podendo se falar em documento inidôneo, citando jurisprudência nesse sentido.

Pelo que, juntando provas do alegado, requer a preliminar de

Coord. de Julgamento de Processos Fiscais (COJUP)
Sílvia Amorim de Barros – Julgador Fiscal



nulidade ou improcedência do auto de infração.

1.3 A CONTESTAÇÃO

Intimado a apresentar, dentro do prazo regulamentar, contestação à impugnação aduzida pela autuada contra a peça vestibular do p.p., o autuante assevera que:

1- Que a transportadora é responsável pelo recolhimento do ICMS sobre mercadorias conduzidas sem a documentação fiscal hábil, conforme artigo 193, III, do RICMS, e também artigo 147, VI, "F", do mesmo diploma legal, sendo obrigadas a não aceitar despacho de mercadorias não acobertadas por documentação fiscal hábil, conforme art. 192, VI, do mesmo RICMS.

2- Que em função da responsabilidade solidária, em caso de documentação fiscal inidônea, conforme art. 148, § 1º, inc. VI, do RICMS, o transportador tem obrigação de verificar a idoneidade da documentação, "pois lhe é encaminhado o Protocolo de Autorização de uso da NF-e, conforme art. 425-H, § 7º, inciso II", do mesmo RICMS, caberia a ele verificar a idoneidade da documentação, e como o emitente "possui inscrição no Estado de Minas Gerais", apesar de atividade não geradora do ICMS, é obrigado ao envio de materiais com NF eletrônica, "independentemente da atividade econômica".

Pelo que, requera manutenção integral do auto de infração.

É o que se cumpre relatar.

2 - DOS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 13, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito apontado.

3 - DO MÉRITO

Versa o presente processo sobre acusação de entrega, remessa ou transporte sem documentação fiscal, por ter a documentação apresentada sido utilizada em desacordo com Protocolo do ICMS nº 042/09.

O autuado centra sua defesa em duas argumentações: preliminarmente, de que não deveria figurar no polo passivo da autuação, pois que apenas realizou o transporte de mercadoria, que estava acobertada com documentação

SAB



fiscal, e no mérito, que por ser a atividade da empresa contratante, serviços de televisão, sem incidência do tributo, não se classificaria como contribuinte do ICMS.

Entende-se como pertinente a ponderação do contribuinte, na preliminar arguida, pelos seguintes motivos: foi a empresa contratada para prestar um serviço de transporte, a mercadoria estava acobertada com nota fiscal; e nota-se que não há incidência do ICMS, na mercadoria transportada. O Fisco de Minas Gerais, origem da mercadoria remetida, não viu nenhuma irregularidade, permitindo a livre circulação do bem transportado, com a documentação apresentada.

Entende-se assim, neste caso, que punir-se inicial e diretamente o transportador, dando-lhe o mesmo tratamento que a um empresário notadamente desonesto, como se estivesse a transportar uma mercadoria sem nota fiscal alguma, pelo fato de ter esta sido considerada inidônea, não é um tratamento justo. Imagina-se que a solidariedade, neste caso, deve ser vista com alguma reserva, que deveria ter sido, em caso de irregularidade detectada, por culpa primária exclusiva do remetente/contratante, que este deveria então primariamente ser instado a pagar pela falta eventualmente detectada.

Sob outro prisma, ao partir o Fisco diretamente para o contratante, sem conferir à solidariedade um benefício de ordem, entende-se que está transferindo a responsabilidade indevidamente ao atuado, de fiscalizar em minúcias todas as nuances que cercam o serviço prestado, quase que inviabilizando a atividade, sobretudo quando estamos a falar de mercadoria isenta/imune, transportada com nota fiscal, em que o tratamento, no caso a desclassificação sumária do documento fiscal, é punível com uma multa que deve muito provavelmente ser superior em algumas vezes até o próprio valor do serviço prestado.

Entende-se que a desconsideração de documentação fiscal, e sua consideração como inidônea, é mais cabível quando a eventual inidoneidade for de tal sorte que a torne totalmente imprestável para os fins a que se destina, em que haja o nítido intuito da burla ao Fisco e a fuga ao pagamento do imposto, promovendo a sonegação fiscal, o que não é o caso. Bem como entende-se que a responsabilidade

JAD



solidária, como prevista, para punir-se diretamente o transportador, sem tentar punir-se o emitente responsável, deve ser aplicada quando não for possível alcançar-se o emitente, por ser este desconhecido, ou sem endereço fixo, ou sem um cadastro que possibilite sua identificação, bem como quando o transportador colabora para a falta detectada, geralmente visando a sonegação fiscal, como quando aceita transportar mercadoria sem nota fiscal ou quando não há sua apresentação ao Fisco no momento devido, fatos comumente encontrados no setor em questão.

Ademais, o segundo argumento do defendente tem certa lógica. Afinal, nas "prestações de serviços de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita", há a o benefício da não incidência (isenção) fiscal, relativamente ao ICMS, segundo o artigo 155, § 2º, X, "d", da Constituição Federal (segundo Emenda Constitucional nº 42/2003). Assim, pela Consulta Pública ao Cadastro do Estado de Minas Gerais do remetente, documento de fl. 38 dos autos, o regime de apuração do ICMS é registrado como "Isento/Imune", pelo que, depreende-se, talvez nem deveria ter inscrição estadual.

Pelo que, segundo afirmação do defendente, tal classificação faz com que a remetente, enquadrada no ramo do grupo de comunicações, tenha dificuldade na autorização, junto ao ente fazendário de sua origem, para a obtenção de autorização para emissão de nota fiscal eletrônica.

Por tudo o exposto, entende-se como de excessivo rigor, uma verdadeira injustiça, a desclassificação, como totalmente inidônea, da documentação fiscal apresentada, e a punição tal como pretendida pelo Fisco patiguar, sobretudo pela irrefutável e visível falta de qualquer prejuízo ao erário.

Cumprido, por fim, uma última ponderação por parte deste julgador singular: o artigo 114 do Decreto 13.640/97 obriga o julgador, em caso de desoneração superior a R\$ 1.200 (hum mil e duzentos reais) ao recurso de ofício ao Conselho de Recursos Fiscais. Mas não há, no entanto, expressa vedação de que seja promovido tal recurso, em caso de valor inferior ao acima citado. Assim, considerando-se a possibilidade de corrigido, chegar a multa original ao valor estabelecido, e sobretudo

AB



pela inconformidade do autuante quanto ao acatamento dos argumentos de defesa, face à redação dada ao citado Procololo 42/09, pela qual, segundo a Cláusula Segunda, estariam obrigados a emitir Nota Fiscal Eletrônica NF-e, modelo 55, em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, a partir de 1º de dezembro de 2010, os contribuintes que, independentemente da atividade econômica, realizem operação “com destinatário localizado em unidade da Federação diferente daquela do emitente” (inciso II), cuja obrigatoriedade alcançaria, segundo Anexo Único (DOU 24.07.09) as de CNAE 6021-7/00 – “Atividades de televisão aberta”, promovo de ofício o recurso a seguir elencado, para que o Conselho, órgão superior, e colegiado, conseqüentemente mais sábio, dê à questão a interpretação pertinente.

3- DECISÃO

Assim, fundamentado no livre convencimento e princípios do direito, que levam à absolvição do réu em caso de dúvida, e levando-se em consideração que as razões de defesa da litigante revelam-se eficazes para invalidar o lançamento tributário de ofício;

JULGO IMPROCEDENTE o Auto de Infração de fl. 01, lavrado contra a empresa na inicial qualificada, e pelas razões acima, recorro de ofício ao egrégio Conselho de Recursos Fiscais, para o reexame da matéria.

Remeta-se o p.p. à 1ª URT, para que seja dada ciência à autuada e ao autuante, e demais providências cabíveis.

COJUP- Natal, 13 de março de 2012.

Sílvio Amorim de Barros

Julgador Fiscal – AFTE-7, mat. 151.238-2