

PROCESSO - A.I. Nº 269272.0003/98-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TRANSPORTADORA OLINDA DE SJ DOS CAMPOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0023-04/02
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ (INFAZ PIRAJÁ)
INTERNET - 11.04.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0093-11/02

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ENTREGA DE MERCADORIA A ADQUIRENTE DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não caracterizada. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal que, em Decisão unânime, julgou Improcedente o Auto de Infração em referência, ao teor do Acórdão nº 0023-04/02.

Trata-se de um Auto de Infração que foi lavrado em 17/11/98, para exigir o pagamento do ICMS no montante de R\$ 6.295.022,52, em face da apuração das irregularidades na forma abaixo descritas:

1. “Entregou mercadorias a destinatário diverso dos indicados nos documentos fiscais. Os destinatários indicados nos documentos fiscais não receberam a mercadoria, nem há registros no sistema CFAMT de que estas mercadorias saíram do Estado da Bahia. (Anexo 3). Com a internalização destas mercadorias, os recolhimentos do ICMS relativo à substituição tributária e à diferença entre as alíquotas interna e interestadual não foi realizado. Estas diferenças estão mostradas no Anexo 2”. Foi reclamado o pagamento do imposto no valor de R\$ 5.366.329,64.
2. Idem a infração 1, sendo exigido imposto no montante de R\$ 542.703,67.
3. Idem a infração 1, cobrado imposto no valor de R\$ 385.989,21.

O relatório produzido pelo o Sr. Relator da 4ª JJF assim se apresenta :

I – Em relação as razões de defesa: “O autuado apresentou defesa tempestiva e suscitou as seguintes preliminares de nulidade:

- a) O Auto de Infração é nulo por cerceamento do direito de defesa, pois os autuantes não identificaram quem recebeu as mercadorias, qual a sua espécie, quantidade, valor e em que data as entregas irregulares teriam ocorrido no território baiano.
- b) O lançamento é nulo, porque inexistente prova ou detalhamento dos dados que fundamentaram o levantamento fiscal, impedindo o autuado de contraditar a acusação.
- c) O Auto de Infração é nulo, por cerceamento do direito de defesa, uma vez que, no demonstrativo de fls. 4 a 31, os autuantes não indicaram quais os elementos utilizados para dimensionar a base de cálculo do tributo, tornando imprestáveis os valores atribuídos à multa, à correção monetária e aos acréscimos moratórios incidentes sobre o imposto. Para embasar suas alegações, cita o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, cujo teor transcreve.

No mérito da lide, referindo-se à infração 1 (operações destinadas à Ibérica Com. Dist. de Bebidas Ltda. localizada em Roraima), o autuado afirma que celebrou contrato com a Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes do Nordeste S.A., onde lhe é assegurada a preferência para o transporte dos produtos por ela fabricados.

Explica que quando as mercadorias são vendidas para as Regiões Norte e Nordeste, por motivos operacionais, transporta as mercadorias até Petrolina, onde a carga é redespachada, pela Petrobeer Transportadora Ltda., para ser levada até o destino final da carga, conforme prova a fotocópia do CTCR nº 1219, à fl. 58. Diz que, a partir da entrega das mercadorias à Petrobeer para redespacho, cessa a sua responsabilidade quanto às etapas posteriores do transporte e entrega da carga. Frisa que não tem qualquer obrigação contratual de entregar as mercadorias no estabelecimento comercial da Ibérica no Estado de Roraima.

Aduz que a destinatária das mercadorias transportadas pelo autuado, na verdade, é a Petrobeer e não a Ibérica. Diz que os CTCRs existentes em seus arquivos provam suas alegações, porém tais documentos estão em poder do fisco baiano, conforme atestam os documentos às fls. 59 e 60.

Quanto às infrações 2 e 3 (operações destinadas a P.A. Import. Export. e a Mafra Soc. Ind. Com. de Bebidas Ltda., sediadas no Rio de Janeiro), o autuado reconhece que efetuava as entregas, conforme comprovam os CTCRs existentes em seus arquivos e que estão sob exame do fisco baiano. Reitera os argumentos defensivos já expendidos na infração anterior. Sustenta que a sua contabilidade encontra-se regularmente escriturada, fazendo prova, a seu favor, das operações ali registradas. Acrescenta que o fisco baiano não pode exigir tributo em território diverso da Bahia.

De acordo com o autuado, inexistem provas da ocorrência das infrações que lhe são imputadas. Alega que a acusação está baseada na presunção de que as mercadorias foram “desviadas” e vendidas irregularmente na Bahia. Depois de discorrer sobre os tipos de presunções, assevera que só as legais podem ensejar a imposição tributária, sendo reservado ao sujeito passivo provar a sua improcedência. Ressalta que cabe ao fisco provar a acusação feita no Auto de Infração.

O autuado pondera que, em face da grande quantidade de veículos que passa pelos postos fiscais, a fiscalização não consegue vistoriar e reter documentos fiscais de todos eles. Acrescenta que o sistema CFAMT não é operado pelo autuado, assim ele não pode ser culpado por falhas que, por ventura, existam no sistema de controle da SEFAZ.

Aduz o autuado que os fiscais cobraram ICMS referente ao período de 01/01/97 a 28/10/98, apesar dele só ter iniciado as suas atividades em 02/01/98, conforme provam o Termo de Abertura do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (fl. 60), o Documento de Inscrição Cadastral – DIC (fl. 61) e o *hand copy* emitido pela SEFAZ (fl. 62).

Após sintetizar as preliminares de nulidade suscitadas e os argumentos defensivos apresentados, o autuado solicita que o Auto de Infração seja declarado nulo, ou caso ultrapassadas as preliminares de nulidade, o mesmo venha a ser julgado improcedente. Protesta pela posterior juntada de documentos e pela produção de outros meios de prova admitidos em direito”.

II – Da informação fiscal prestada pelos autuantes: “Na informação fiscal de fls. 68 a 77, inicialmente, os autuantes explicam que, em abril de 1998, no Aeroporto de Salvador, fiscais da IFMT/Simões Filho encontram documentos fiscais de empresas localizadas no Estado de Roraima e carimbos de uso exclusivo da fiscalização dos Estados de Roraima e Amazonas, conforme provam os documentos do Anexo 1 (fls.78 a 164).

Afirmam que efetuaram procedimentos fiscais junto à empresa Primo Schincariol Ind. de Cervejas e Refrig. do Nordeste S.A., buscando levantar documentos que se relacionassem com o material que foi apreendido no Aeroporto.

Os autuantes asseveram que encontram diversos indícios de irregularidades nas operações realizadas entre a Schincariol e as seguintes empresas: Nova Terra Distribuidora de Bebidas Ltda., Itaipu Distribuidora de Bebidas Ltda., Ibérica Comércio e Distribuição de Bebidas Ltda. e Transportadora Olinda de S.J.Campos Ltda. Em seguida, os auditores fiscais passam a relatar os indícios de irregularidade detectados, a saber:

1. Dos talões de notas fiscais apreendidos [no Aeroporto de Salvador], diversas primeiras vias foram encontradas na Schincariol.
2. As notas fiscais citadas no item anterior apresentam carimbos da fiscalização de trânsito de mercadorias existentes no percurso entre Boa Vista – RR e Alagoinhas – BA, contudo não constam nos relatórios do sistema CFAMT.
3. Nas notas fiscais citadas no item 1 acima, no campo “transportador”, consta que se tratava de carga própria, ao passo que, nas notas fiscais de vendas emitidas pela Schincariol para a Ibérica, o transporte foi efetuado pela Transportadora Olinda.
4. Várias vezes um mesmo caminhão carregava mercadorias para Roraima em uma determinada data e, poucos dias após, em um espaço de tempo insuficiente para a realização da viagem de ida e de volta àquele Estado, o mesmo caminhão estava realizando novo carregamento, predominantemente, para as empresas Nova Terra e Itaipu.
5. De acordo com fiscais de trânsito de Alagoinhas, em alguns CTCRs emitidos pela Transportadora Olinda, referentes a vendas da Schincariol para a Ibérica, consta a informação de que havia redespachos para a empresa Petrobeer Transportadora Ltda, estabelecida em Petrolina.
6. Os redespachos poderiam justificar o carregamento do mesmo caminhão em poucos dias, porém, das 72 notas fiscais emitidas pela Schincariol para a Ibérica no mês de março, apenas 7 constam nos relatórios do CFAMT. Além disso, boa parte dos CTCRs não contém a informação sobre o redespacho.
7. De acordo com a Nota Fiscal nº 241, emitida pela Ibérica em 14/04/98, o caminhão de placa CQH-8082 transportou vasilhames [de Boa Vista para Alagoinhas] naquela data, chegando à Schincariol em 28/04/98. Nessa última data, a Schincariol emitiu a Nota Fiscal nº 20748, referente a uma venda para a Ibérica, pertinente aos vasilhames em questão. Todavia, entre o dia 14/04 e 28/04, foram emitidas as Notas Fiscais nºs 20074 e 20118, com destino à Ibérica e tendo como veículo transportador o mesmo caminhão. Tudo conforme o Anexo 2 às fls. 165 a 172.
8. No dia 18/03/98, a Schincariol emitiu a Nota Fiscal nº 17812 referente a uma venda para a Ibérica, em Roraima, tendo como veículo transportador o caminhão de placa KMG-2290. No mesmo dia, a Nova Terra emitiu a Nota Fiscal de Saída nº 1054, com mercadorias idênticas a da nota anterior, destinada à Distribuidora Itaipu, em Pernambuco, tendo o mesmo caminhão KMG-2290 como veículo transportador e indicando que as mercadorias saíram às 13:05 horas. O mesmo caminhão foi apreendido, no dia 19/03/98, às 06:40, na Via Parafuso, indo de Camaçari para Salvador, transportando as mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal nº 1054, da Nova Terra. Tendo sido lavrado o Auto de Infração contra a empresa Nova Terra. Tudo conforme o Anexo 3, às fls. 173 a 178.

9. Todas as notas fiscais envolvidas nos itens acima, com exceção das notas fiscais emitidas pela Ibérica, apresentam como transportador a Transportadora Olinda. Os autuantes dizem que, segundo informações, a Transportadora Olinda é do mesmo grupo das distribuidoras citadas, apesar de apresentarem sócios diferentes.

Os autuantes dizem que a empresa Ibérica Comércio e Distr. de Bebidas Ltda., apesar de inscrita no cadastro estadual, nunca entrou em operação, conforme prova o Anexo 4, às fls. 179 a 188.

Alegam os auditores que, no decorrer da ação fiscal, identificaram indícios de que as operações efetuadas entre a Schincariol e a Ibérica estavam sendo realizadas também para a P.A. Importação e Exportação Ltda. e a Mafra Indl. e Coml. Ltda., ambas no Rio de Janeiro.

Os fiscais explicam que, como o Estado de Roraima não é signatário de convênio ou protocolo, nas operações com a Ibérica não houve a retenção do ICMS devido por substituição tributária. Quanto às operações com as duas empresas localizadas no Estado do Rio de Janeiro, também não houve a retenção do imposto, pois se tratam de importador e de indústria. Frisam que em todas as operações o transportador das mercadorias era a Transportadora Olinda de S.J.Campos Ltda. e os veículos envolvidos eram os mesmos já citados.

Os auditores ressaltam que, em ação fiscal junto à Transportadora Olinda de S.J.Campos Ltda., constataram que a mesma nunca tinha pago ICMS a este Estado. Salientam que foi lavrado Auto de Infração contra a empresa, o qual foi devidamente pago. Dizem que apuraram subfaturamento nos CTCs emitidos pela transportadora. Como prova, os fiscais apresentam o Anexo 5, às fls. 189 a 224 dos autos.

Com relação à Petrobeer Transportadora Ltda., com base em verificação *in loco*, os autuantes afirmam que: está inscrita no cadastro de contribuintes, porém permanece com as portas fechadas todo o tempo; não há indícios de entrada de caminhões no estabelecimento; a escrita fiscal é efetuada no mesmo local da Transportadora Olinda, em São Paulo; os documentos fiscais da Petrobeer “estão perfeitamente casados com os emitidos pela Transportadora Olinda, fato esperado já que as escritas são feitas no mesmo local.” Como prova, os autuante apresentam o Anexo 6, às fls. 225 a 247.

Os fiscais descrevem, detalhadamente, uma viagem feita por eles, entre os dias 17 e 25 de agosto de 1998, com o objetivo de desvendar o itinerário dos caminhões que saem da Schincariol em Alagoinhas – BA com destino a Ibérica em Boa Vista – RR. Em seguida, asseveram que as mercadorias não chegaram ao Estado de Roraima e que deveriam estar se destinando aos Estados de Pernambuco, Paraíba ou Bahia.

Os autuantes afirmam que as mercadorias saíam da Schincariol com nota fiscais destinadas a Roraima, e a maioria dos CTCs indicava que haveria um redespacho a ser feito em Petrolina. No Posto de Combustíveis Rancho Alegre, no entrocamento para Arapiraca – AL, as notas fiscais foram trocadas por outras da empresa Nova Terra Distribuidora de Bebidas Ltda. Daí, os caminhões seguiram para Jaboatão do Guararapes – PE e foram entregues na empresa Itaipu Distribuidora de Bebidas Ltda. Com apoio do fisco pernambucano, a irregularidade foi filmada, o motorista foi levado à delegacia e lá ele explicou como era o procedimento adotado. Tudo conforme Anexo 7, às fls. 248 a 278.

Segundo os fiscais, outros caminhões foram vistos no caminho entre Alagoinhas e Recife, como os que foram flagrados em Novo Lino – AL e em Maruim – SE. Como prova, apresentaram o Anexo 8, às fls. 279 a 282.

Com relação a preliminar de nulidade levantada pelo autuado, os auditores afirmam que as notas fiscais emitidas pela Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes do Nordeste S.A. com destino à Ibérica Comércio e Distribuidora de Bebidas Ltda. não foram anexados, aos autos, por causa da sua quantidade, mais de 1.000 documentos. Alegam que, no Anexo 9, às fls. 283/630, apresentaram a relação das notas fiscais com os respectivos valores, destinatários, mercadorias, quantidades, etc.

Os fiscais reconhecem que o autuado só começou a funcionar a partir de janeiro de 1998, todavia seus caminhões já faziam o transporte antes do início das atividades do autuado. No Anexo 10, às fls. 631 a 667, os auditores fiscais apresentaram algumas notas fiscais de 1997, relacionando as placas dos veículos transportadores e uma planilha com os valores mensais e totais das operações existentes na infração 1.

A informação fiscal é encerrada, com os auditores pedindo a procedência do Auto de Infração”.

III – Das diligências e manifestações ocorridas antes do julgamento na 1ª Instância: “O processo foi submetido à pauta suplementar e a 3ª JJF decidiu enviá-lo à IFESP para que auditor fiscal estranho ao feito prestasse as informações solicitadas às fls. 671 e 672.

O auditor fiscal da IFESP, respondendo à solicitação da 3ª JJF, informou que esteve na Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro e constatou que as empresas P.A. Importação e Exportação Ltda. e Mafra Indl. e Coml. Ltda. encontram-se “baixadas” desde 23/12/98 e 28/04/98, respectivamente, conforme fls. 674 a 676.

Aduz o preposto fiscal da IFESP que, apenas, o Estado de Roraima não é signatário dos protocolos que prevêem substituição tributária para cervejas e refrigerantes. Informa que, de setembro a dezembro de 1997, o transporte de cervejas e refrigerantes foi efetuado por diversos transportadores, conforme documento à fl. 677. Após excluir as parcelas que não eram de responsabilidade do autuado, o auditor fiscal apresentou, à fl. 678, um novo Demonstrativo de Débito, onde ele apurou um débito total remanescente de R\$ 4.881.477,16.

A Secretaria do CONSEF cientificou o autuado do resultado da diligência efetuada pela IFESP, sendo concedido o prazo de lei para que o defendente se manifestasse, querendo.

Em 25/08/00, o autuado protocolizou os documentos de fls. 781 a 783, onde, inicialmente, alegou que, na informação fiscal, foram acostadas centenas de documentos fiscais, e não lhe foi dado vistas de tais documentos, o que acarreta a nulidade do PAF por cerceamento do direito de defesa.

De acordo com o autuado, mesmo que os auditores tivessem presenciado a entrega das mercadorias a destinatário diverso do indicado no documento fiscal, poderia a Ibérica ter vendido as mercadorias a terceiros, sem que elas transitassem, fisicamente, pelo seu estabelecimento. Aduz que para legitimar tal operação, bastaria a Ibérica ter escriturado o recebimento das mercadorias no seu livro Registro de Entradas e emitido notas fiscais de vendas para terceiros, registradas no livro Registro de Saídas.

Frisa que, mesmo se tivesse ocorrido a irregularidade apontada pelos autuantes, nenhuma infração lhe poderia ser imputada pelo fisco baiano, pois o desvio das mercadorias teria ocorrido em outro Estado e a mercadorias estaria sendo transportada por terceiros (Petrobeer). Assevera que, se as mercadorias foram objeto de ação fiscal desenvolvida pelo fisco de outro Estado, não poderiam constar no presente lançamento. Ao final, solicita a improcedência ou nulidade do Auto de Infração em lide.

Também em 25/08/00, o autuado protocolou os documentos de fls. 787 a 793 e anexou ao processo mais 52 outros documentos.

O autuado afirma que o auditor fiscal da IFESP não trouxe aos autos nenhum esclarecimento quanto às empresas P.A. Import. e Export. Ltda. e Mafra Indl. e Coml. Ltda., ambas localizadas no Estado do Rio de Janeiro. Diz que não há nenhuma prova de que as mercadorias por ele transportadas não foram entregues aos destinatários. Alega que a sua contabilidade demonstra que as mercadorias foram efetivamente entregues aos destinatários, ao passo que o fisco não provou a acusação feita na autuação.

Referindo-se às operações destinadas à Ibérica, o defendente diz que o diligenciador apenas confirmou que, no período anterior janeiro de 1998, o transporte era efetuado por terceiros, ensejando a exclusão do crédito tributário correspondente.

Às fls. 794 a 1041, com o objetivo de elidir a acusação, o autuado juntou aos autos diversos documentos, a saber:

- a) fotocópia do Conhecimento Aéreo Nacional nº 3 207422 (fl. 792);
- b) fotocópia de correspondência subscrita pelo contador da Ibérica (fl. 795);
- c) fotocópia autenticada da Autorização para Impressão de Documentos Fiscais nº 113 (fl. 796);
- d) fotocópia do Auto de Infração nº 107.336, lavrado pelo fisco de Roraima contra a Ibérica, exigindo ICMS referente ao período de out/97 a abr/98 (fl. 797);
- e) fotocópia do Termo de Início de Fiscalização nº 790-0, lavrado em 4/1/99 pelo fisco de Roraima, exigindo da Ibérica a apresentação de livros e documentos fiscais relativos ao período de mai/98 a dez/98 (fl. 798);
- f) fotocópia do Termo de Encerramento de Fiscalização nº 790-0 de 4/3/99, onde consta a lavratura do Auto de Infração nº 119695, contra a Ibérica (fl. 799);
- g) fotocópias autenticadas de 11 Documentos de Arrecadação, demonstrando o recolhimento de ICMS feito pela Ibérica (fls. 800 a 804);
- h) fotocópia autenticada da Certidão Negativa nº 5675/98, demonstrando inexistirem débitos da Ibérica relativos a ICMS até ago/98 (fl. 805);
- i) fotocópias autenticadas do livro Registro de Entradas de Mercadorias da Ibérica, demonstrando que as mercadorias referentes ao período de out/97 a dez/98, adquiridos da Primo Schincariol, entraram no estabelecimento (fls. 806 a 1016);
- j) fotocópias autenticadas de 24 Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Carga, onde consta que as mercadorias remetidas pela Primo Schincariol para a Ibérica são entregues à Petrobeer, para redespacho (fls. 1017 a 1041).

O autuado afirma que o Ofício Sefaz/Depar/Gab nº 146/98 do Estado de Roraima, em resposta ao Ofício 002/98 dos autuantes, às fls. 30 e 31, não comprova as infrações pelos seguintes motivos:

- 1º - demonstra que a Ibérica estava inscrita como contribuinte do ICMS, condição suficiente para legitimar as aquisições efetuadas à Primo Schincariol, o que pode ser comprovado pelo fluxo de caixa e mercadorias entre as empresas;
- 2º - a falta de ingresso das mercadorias no estabelecimento da Ibérica – ainda que verdadeiro fosse – não invalida as operações mercantis realizadas entre a Schincariol e a Ibérica;
- 3º - o suposto uso irregular de carimbos da fiscalização nada tem a ver com o autuado, inclusive tal fato não consta na autuação;
- 4º - a ausência de vasilhames no estabelecimento da Ibérica é decorrente da alta rotatividade e do fato da empresa funcionar como atacadista;
- 5º - os documentos ora acostados aos autos provam que a Ibérica estava funcionando no local onde está inscrita;
- 6º - a sexta pergunta feita pelo fisco baiano não foi respondida.

Ao final, o autuado volta a solicitar a improcedência do Auto de Infração em lide.

O processo foi enviado em diligência à Secretaria do CONSEF, para que fosse dada ciência ao autuado dos documentos acostados às fl. 78 e seguintes.

Os autuantes foram instados a se pronunciarem nos autos e, nessa oportunidade, afirmaram que o regime de substituição tributária constitui-se num atrativo ao desvio de mercadorias. Aduzem que os indícios apontam para a necessidade de iniciativas de fiscalização e de investigação policial. Ressaltam que, em razão da natureza dos procedimentos irregulares adotados pelo autuado, as provas documentais não se permitem conclusivas, porém asseveram que os diversos “flagrantes” e as inúmeras provas fáticas comprovam as acusações.

Os autuantes ressaltam que a falsificação de carimbos privativos da fiscalização tributária e o tráfico de documentos fiscais irregulares “caracterizam evidentes indícios de crime contra a ordem tributária”. Salientam que as cópias do livro Registro de Entradas (fls. 806 a 1016) tratam-se de peças de mera ficção. Frisam que os documentos de arrecadação (fls. 801 a 804) são tentativas de criar um álibi para ocultar a sonegação praticada. Alegam que os recolhimentos não abrangem todas as operações com as mercadorias.

Afirmam os autuantes que, através de contatos telefônicos com o Secretário Adjunto da Fazenda do Estado de Roraima, constataram que as mercadorias não entraram naquele Estado e que a Ibérica está com a inscrição “baixada”, conforme documento à fl. 1053.

Os auditores aduzem que, como se “não bastassem tantos indícios de irregularidades”, os documentos de arrecadação apresentados pelo autuado (GNRE às fls. 801 a 804) foram recolhidos na Agência do Banco do Brasil de Itu – SP, local onde está sediada a Itaipu Distribuidora de Bebidas, a destinatária dos carimbos falsos apreendidos no Aeroporto Luís Eduardo Magalhães.

Mais adiante, os auditores afirmam que terão sempre limitações em levantar todas as provas necessárias à perfeita comprovação da irregularidade, porém as provas disponíveis e o raciocínio lógico têm que ser combinados para caracterizar a infração.

Foi dado vistas ao autuado do resultado da manifestação dos autuantes.

Inicialmente, o autuado afirma que foi instado a se “manifestar sobre a informação fiscal de fls. 78 e seguintes, mais a de fl. 1050 a 1053.” Em seguida, o autuado reitera a sua manifestação contida na petição protocolada sob número 0400000046726.

Após frisar que os auditores fiscais reconhecem que “... as provas documentais não se permitem conclusivas”, o autuado diz que não deve se pronunciar sobre a apreensão dos carimbos, pois nada teve a ver com o caso. Alega que, conforme documento à fl. 1053, os valores constantes nas GNRE foram repassados ao Estado de Roraima. Salienta que a obrigação acessória do remetente das mercadorias era exigir a prova da inscrição do destinatário. Ressalta que a Itaipu e a Ibérica não se confundem com o autuado. Ao final, solicita a improcedência da autuação.

O processo foi submetido à pauta suplementar e a 2ª JJF decidiu enviá-lo à IFESP para as providências relacionadas às fls. 1066 e 1067.

Após o atendimento da diligência, o preposto fiscal da IFESP informou que, tendo em vistas a dificuldade da Schincariol fotocopiar a totalidade das notas fiscais, lhe foi apresentada uma relação, cujo teor é idêntico ao constante na relação de fls. 283/630. O preposto fiscal assevera que verificou, por amostragem, e comprovou que havia correspondência entre a relação apresentada e as notas fiscais emitidas.

Quanto às comprovações dos pagamentos efetuados pelos três destinatários das mercadorias, o fiscal afirmou que a Schincariol elaborou planilha com uma amostra dos recebimentos, conforme fls. 1069 a 1072. O auditor fiscal afirma que efetuou verificações e comprovou a procedência da informação fornecida.

Em seguida, o preposto fiscal encaminhou consulta ao patrono do autuado, perguntando se os demonstrativos apresentados pela Schincariol eram suficientes. O patrono respondeu que concordava com o procedimento efetuado pelo diligenciador.

O processo foi submetido à pauta suplementar e a 4ª JJF decidiu convertê-lo em diligência para que o autuado tivesse vista dos documentos de fls 1066 a 1074 e 68 a 667, recebesse cópia dos mesmos e se manifestasse no prazo de lei, caso assim desejasse.

Após tomar ciência da diligência solicitada por este relator e receber cópias dos documentos que necessitava, o autuado se pronunciou afirmando que: a) de acordo com as provas juntadas aos autos, em todas as saídas de mercadorias da Primo Schincariol para a Ibéria, Mafra e P.A. Importação e Exportação, o imposto devido ao Estado da Bahia foi pago; b) as operações efetuadas entre o remetente e os destinatárias das mercadorias ocorreram e inclusive ficaram comprovados os respectivos pagamentos; c) o autuado tinha o dever jurídico de transportar as mercadorias apenas até Pernambuco, onde seriam redespachadas; d) as provas carreadas aos autos provam que as mercadorias foram recebidas pelas destinatárias; e) o Estado da Bahia não poderia exigir o imposto referente às operações que supostamente teriam ocorrido em outras unidades da Federação; f) reitera os argumentos já expendidos nos autos e solicita a improcedência do Auto de Infração”.

IV - A 4ª JJF decidiu a lide com base no seguinte voto: “ Inicialmente, passo a analisar as preliminares suscitadas pelo autuado, na mesma ordem que foram apresentadas na peça defensiva:

a) De acordo com a acusação contida no Auto de Infração, “os destinatários indicados nos documentos fiscais não receberam as mercadorias”. Entendo que nessa situação não cabia aos autuantes dizer a quem o autuado entregou as mercadorias, pois se elas não foram recebidas por

quem de direito (destinatário), não retornaram ao estabelecimento remetente e nem foram perdidas, extraviadas ou roubadas, logo foram entregues a destinatário diverso do indicado nos documentos fiscais. A falta de identificação de quem recebeu as mercadorias não é razão de nulidade do lançamento.

Com relação à definição da espécie, quantidade, valor e data das entregas irregulares de mercadorias, considero que, efetivamente, havia uma omissão no lançamento, a qual cerceava o exercício do amplo direito de defesa do autuado. Porém, esse vício foi sanado quando os autuantes juntaram, às fls. 283 a 630, uma listagem que relacionava todos documentos fiscais, mercadorias, quantidades, valores e datas necessários à defesa do contribuinte, tendo sido dado vista ao autuado e concedido o prazo de lei para que ele se manifestasse, querendo.

À fl. 1073, após cumprir uma das diligências saneadoras efetuadas, auditor fiscal informou ao advogado do autuado que havia dificuldades para anexar aos autos as fotocópias de todas as notas fiscais que foram citadas na autuação. Porém, o fiscal afirmou que constatou que a listagem apresentada pela Primo Schincariol refletia a verdade das operações efetuadas por aquele estabelecimento e que foram objeto da autuação. O patrono do autuado declarou que estava satisfeito com as informações prestadas pelo auditor fiscal

Dessa forma, não acato a primeira preliminar de nulidade, pois o vício que existia no lançamento foi sanado e o autuado recebeu cópia dos documentos e teve o prazo de lei para se pronunciar.

b) O presente Auto de Infração está acompanhado dos demonstrativos devidos. A omissão que existia foi sanada quando da informação fiscal e das diligências. O autuado teve vista do resultado dos trabalhos diligenciais e recebeu cópia do mesmo. Portanto, não acolho a segunda preliminar de nulidade.

c) Efetivamente, os demonstrativos de fls. 4/31 não indicavam os elementos que os autuantes utilizaram para apurar a base de cálculo do imposto. Todavia, entendo que essa falha foi suprimida, através das diligências efetuadas, quando os auditores juntaram ao processo a relação das notas fiscais de saídas que acobertaram as operações que foram objeto da autuação, tendo o autuado recebido cópia dos documentos e tido o prazo regulamentar para se manifestar.

Em consequência, afasto a terceira preliminar de nulidade e, em seguida, passo a analisar o mérito da lide.

O presente Auto de Infração acusa o autuado (o transportador) de ter entregado mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (cervejas e refrigerantes) a destinatário diverso do indicado nos documentos fiscais. Em consequência, foi cobrado o ICMS referente à substituição tributária e à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

As mercadorias em questão saíram do estabelecimento fabril da Primo Schincariol – Indústria de Cervejas e Refrigerantes do Nordeste S.A., localizado na cidade de Alagoinhas – BA, e foram destinadas a três diferentes empresas: a Ibérica Comércio e Distribuidora de Bebidas Ltda., estabelecida no Estado de Roraima; a Mafra Sociedade Indul. Coml. de Bebidas Ltda.; a P.A. Importação e Exportação, sendo as duas últimas situadas no Estado do Rio de Janeiro.

Analisando a infração 1, a qual versa sobre as operações que destinavam mercadorias para a Ibérica Comércio e Distribuidora de Bebidas Ltda., constato que as operações de saídas de mercadorias da Primo Schincariol eram tributadas à alíquota de 12% e, tendo em vista que o Estado de Roraima não era signatário de Convênio ou Protocolo, não houve retenção do imposto devido por substituição tributária.

Nos autos, com o objetivo de caracterizar a acusação, os auditores fiscais citam diversos fatos que eles próprios classificaram como indícios da irregularidade cometida pelo autuado e que foi objeto do presente lançamento.

Analisando os tais indícios apontados pelos auditores, considero que a falta de registro de saídas das mercadorias no CFAMT não se constitui em prova da internação das mesmas no Estado da Bahia. Esse fato, a meu ver, é apenas um indício de irregularidade, a partir do qual deve ser desenvolvida ação fiscal que venha a comprovar ou não uma possível evasão fiscal.

Não acato os argumentos dos autuantes de que alguns caminhões efetuavam longas viagens em curto espaço de tempo, haja vista que esse fato é também um forte indício de irregularidade, porém não comprova a “internação” de mercadorias na Bahia e nem autoriza tal presunção. Ademais, a única operação em que um caminhão foi flagrado “internando” mercadoria no Estado da Bahia, veículo de placa KMG-2290, aquela irregularidade foi objeto de um Auto de Infração, conforme anexo 3.

Mesmo ficando comprovando que as mercadorias não entraram no estabelecimento do destinatário (como afirma o ofício da Secretaria da Fazenda do Estado de Roraima), para que seja possível cobrar o imposto exigido na presente autuação, é necessário provar que as mercadorias em questão foram, efetivamente, “internadas” na Bahia.

À fl. 1074, em atendimento a solicitação de diligência, auditores fiscais declararam que a Primo Schincariol elaborou planilha com amostragem de alguns recebimentos (fls. 1069/1072), comprovando que as empresas destinatárias pagaram as aquisições efetuadas. Considero que essa informação, trazida aos autos por parte dos autuantes, deixa vulnerável a acusação feita na peça vestibular, pois prova, mesmo por amostragem, que as operações foram reais.

Nos autos, há provas de que operações destinadas ao Estado de Roraima foram entregues em outros Estados da Região Nordeste. Inclusive essas irregularidades estão sobejamente comprovadas por meio de fotografias, depoimentos prestados em delegacia, etc. Todavia, entendo que, nessas operações, não se pode cobrar a diferença entre as alíquotas interna e interestadual, pois a alíquota aplicada pelo remetente das mercadorias foi a legalmente prevista para as operações. Do mesmo modo, o imposto devido por substituição tributária, pertencente a outros Estados da Federação, não pode ser exigido pela Bahia. Mesmo admitindo que o fisco baiano fosse recolher o imposto para posterior entrega aos Estados a quem de direito, o tributo deveria ser exigido do fabricante das cervejas e refrigerantes e não do transportador, sob pena de se incorrer, concomitantemente, em uma ilegitimidade ativa do Estado da Bahia e em uma ilegitimidade passiva do autuado.

Os autuantes afirmam que alguns caminhões descarregavam, na Bahia, as mercadorias destinadas ao Estado de Roraima. Nessas operações, indubitavelmente, seria devido ao Estado da Bahia o imposto referente à diferença dentre as alíquotas interna e interestadual, além do ICMS devido por substituição tributária. Porém, apesar do esforço desenvolvido pelos autuantes, verifico que não há, em todo o processo, prova cabal de que mercadorias destinadas àquele Estado da Região Norte eram, efetivamente, entregues neste Estado.

Em face do acima exposto, entendo que a infração 1 não ficou caracterizada, pois a acusação carece de prova que a sustente.

Relativamente às infrações 2 e 3 – operações destinadas à Maфра Sociedade Indul. Coml. de Bebidas Ltda. e à P.A. Importação e Exportação, respectivamente – observo que não há nos autos

nenhuma prova ou mesmo indício de que as mercadorias destinadas a essas empresas não entraram nos seus estabelecimentos e que foram internadas na Bahia.

Essa falta de comprovação que embasasse a autuação fez com que o então relator, Dr. Ciro Roberto Seifert, solicitasse que auditor fiscal estranho ao feito verificasse se as mercadorias deram entrada nos estabelecimentos destinatários e se foram escrituradas nos livros Registro de Entrada dos adquirentes. A diligência foi efetuada, porém não foi possível comprovar a acusação, visto que as duas empresas destinatárias se encontram “baixadas” desde 1998.

Entendo que nos autos não há prova de que as mercadorias enviadas para o Estado do Rio de Janeiro não entraram nos estabelecimentos dos destinatários e nem que as mesmas foram “internadas” na Bahia. Portanto, considero que as infrações 2 e 3 não ficaram caracterizadas por falta de comprovação do cometimento da irregularidade que é imputada ao autuado.

Pelo acima exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

VOTO

Analisamos, atentamente, todas as peças que instruem os autos e concluímos que a Decisão da 4ª JJF está correta e, por este motivo, não merece ser modificada.

Efetivamente o trabalho desenvolvido pelos autuantes resultou de uma série de pesquisas, diligências e averiguações diversas, as quais, tiveram como ponto de partida a apreensão de talões de notas fiscais no aeroporto de Salvador, de empresas localizadas em outros Estados, cujas primeiras vias foram, segundo os mesmos, encontradas no estabelecimento do fabricante da cerveja, neste caso a Schincariol, no município de Alagoinhas-Ba.

Após uma série de pesquisas, detalhadas pelos autuantes nas informações que prestaram, entenderam os mesmos que o recorrido foi o responsável pelo internamento neste Estado, no período de setembro/97 a outubro/98, de operações efetuadas pelas empresa Schincariol destinadas aos Estados de Roraima e Rio de Janeiro, razão pela qual foi exigido o imposto com base na alíquota interna (17%) mais o referente a substituição tributária.

A questão fundamental na qual devemos nos debruçar é relativamente à ausência nos autos de elementos concretos que possam caracterizar a infração apontada, ou seja, a comprovação de que as inúmeras operações indicadas nos autos, apesar de indicarem como destinatários estabelecimentos que estariam localizados em outros Estados, foram desviadas pelo recorrido e entregues neste Estado. Não vemos nos autos prova concreta neste sentido. Indícios, existem, à fatura, entretanto, falta a comprovação. Aliás, a responsabilidade solidária atribuída ao transportador, na forma estabelecida pelo art. 39 do RICMS-BA, não está configurada nos autos.

Em relação as operações destinadas ao Estado de Roraima, de maior representatividade, o recorrido apresentou diversos documentos, fls. 1017 a 1041, relativos a cópias de Conhecimentos de Transporte, nos quais contém a indicação de que o transporte efetuado pelo recorrido foi até a cidade de Petrolina, Estado de Pernambuco e que lá, ocorreria o redespacho para a empresa Petrobeer Transportes Ltda., localizada na mesma cidade e estado. Também, em relação ao período de setembro/97 a dezembro/97 restou comprovado que as prestações de serviços de transporte foram realizadas por outros transportadores e não pelo recorrido. Estes são fatos concretos que, sem dúvida, afloram a falta de sustentação na autuação.

Consideramos desnecessários maiores comentários a respeito do assunto aqui enfocado por entendermos suficiente a fundamentação esposada no voto proferido pelo o Sr. Relator da 1ª JJF, a qual foi corretamente, referendada por seus pares.

Em conclusão, por não vislumbrarmos nos autos a configuração das infrações atribuídas ao recorrido, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso de Ofício e pela manutenção integral da Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269272.0003/98-0, lavrado contra **TRANSPORTADORA OLINDA DE SJ DOS CAMPOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ