

PROCESSO	- A.I. Nº 08564728/03
RECORRENTE	- DISTRIBUIDORA CENTRAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – 2ª JJF Nº 0463-02/03
ORIGEM	- IFMT-DAT/NORTE
INTERNET	- 13.02.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0008-12/04

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. ENTREGA DE MERCADORIA A DESTINÁRIO DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Restando caracterizado que o documento fiscal está revestido das formalidades legais, não restando provado a utilização com intuito de fraude, haja vista que a mercadoria se destinava a pessoa física e estava sendo entregue no endereço indicado no documento fiscal. Infração não caracterizada. Reformada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O autuado respaldada no art. 169, I, “b” do RPAF/99, inconformado com a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que mediante o Acórdão nº 0463-02/03, relativo ao julgamento do Auto de Infração nº 08564728/03, decidira julgar pela Procedência do mesmo, apresentou no prazo decendial o presente Recurso Voluntário, pretendendo modificar a Decisão, onde argüi as seguintes razões:

O Auto de Infração foi lavrado em 02/09/2003, por suposta irregularidade para exigir “*ICMS sobre 180 sacos de cimento entregues em local diverso do indicado na Nota Fiscal nº 4998.*”

Alega, o Sr. Fiscal do Trânsito de Mercadorias, infringência aos arts. 209, VI c/c 39, I, “a” e 47 do RICMS, além de aplicar multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “c” da Lei nº 7.014/96.

A Egrégia 2ª Junta de Julgamento Fiscal na Decisão ora recorrida, não acatou os argumentos da defesa e julgou o Auto de Infração Procedente, por considerar a nota fiscal objeto da autuação (fls. 03) como inidônea (art. 209, VI do RICMS/97), sob o argumento da “mercadoria ter sido descarregada em local diverso do indicado na referida nota fiscal.”

Atribui, ainda, ao emitente da nota fiscal, ora recorrente, a responsabilidade solidária prevista no art. 39, I, letra “a”, do RICMS/97.

Observa que “Não há dúvidas de que a mercadoria (cimento) está enquadrada no regime de substituição tributária, com pagamento do imposto por antecipação quando da aquisição pelo estabelecimento comercial da indústria. Portanto, ao efetuar o recolhimento antecipado do ICMS na aquisição do referido produto, a saída subsequente fica desonerada do imposto, ou seja, fica com a fase de tributação encerrada.”

Acolhe o argumento, conforme salientado pelo autuante de que: “não há uma justificativa para uma pessoa física adquirir uma quantidade tão grande de mercadorias”, e ter sido descarregada em local diverso do indicado na referida nota fiscal.

Que face a irregularidade constatada, diz que o documento não pode ser aceito para acobertar a operação, restando a questão se o imposto foi pago por ocasião da aquisição da mercadoria. Entende que caberia ao autuado trazer essa prova aos autos. Como não fez, e por ser detentor da mercadoria, reponde solidariamente pelo imposto devido, o que afasta a alegação do *bis in idem* alegado, razões pelas quais julgou o Auto de Infração Procedente.

Inconformado com a Decisão supra, o recorrente interpõe o presente Recurso Voluntário, fundamentado, em síntese, nas seguintes razões:

“O autuado se encontra sediado no município de Sto. Antônio de Jesus e comercializa seus produtos por todo o recôncavo baiano. Obviamente que diversas transações comerciais são realizadas por meio de um simples contato telefônico.

Destarte, diversos clientes diariamente entram em contato com o autuado e solicitam mercadorias a serem entregues em municípios circunvizinhos como o de Valença-Ba.. Neste ato, acerta-se o preço do produto e o autuado solicita do cliente os dados a serem inseridos na documentação fiscal, entre eles o endereço para entrega.

Assim, não há que se falar em “*intuito comprovado de fraude*” (art. 209, VI do RICMS/97), apto a retirar a idoneidade da documentação fiscal, pois não há dolo comprovado na conduta do autuado, que agiu de boa-fé endereçando a mercadoria ao endereço fornecido pelo adquirente.

“Acrescenta que sendo assim não há que se falar em responsabilidade solidária do transportador da mercadoria, pois a responsabilidade é pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais **devidos** pelo contribuinte de direito, conforme preceitua o art. 39, *caput* do RICMS/97.”

No caso presente, não há que se falar em imposto devido, pois o mesmo já fora pago pelo fornecedor/fabricante da mercadoria no ato da venda à empresa recorrente. Trata-se do tão conhecido fenômeno da substituição tributária.

Com relação ao ônus da prova do pagamento do imposto por substituição é óbvio que o mesmo não pode ser imputado ao contribuinte/recorrente.

Aduz que a própria Constituição Federal, no art. 150, § 7º, diz que a lei é quem atribuirá ao sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento do imposto, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente.

Que em se tratando de obrigação decorrente de lei, cabe ao Fisco, que dispõe de mecanismos estruturais adequados, o ônus de fiscalizar se os substitutos tributários estão cumprindo com suas obrigações legais, jamais ao contribuinte.

Apenas, por mera liberalidade, o contribuinte/recorrente junta ao presente recurso as Notas Fiscais de Entrada do mês de agosto/2003, vez que a nota fiscal que o Fisco tenta classificar como “inidônea” fora emitida em 01/09/2003, para demonstrar que em todas o ICMS pago por substituição encontra-se devidamente destacado (docs. anexos).

Argumenta que o fato de uma pessoa física adquirir uma grande quantidade de mercadoria não tem o condão de caracterizar a ocorrência da má-fé ou fraude, primeiro porque, consoante já exposto é necessária a comprovação e não a pura e simples presunção do intuito fraudulento para o documento ser considerado inidôneo.

Em conclusão diz restar óbvio que o presente Auto de Infração não pode prosperar, uma vez que está se tentando tributar com base em presunção, o que estaria, neste caso, fora das normas jurídicas.

Ressalta que a administração Pública Estadual, como instituição destinada a realizar o direito de seus administrados e a propiciar o bem-comum, não deveria agir fora das normas jurídicas e da moral administrativa (exigindo exações manifestamente indevidas), nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige.

Se, por erro, culpa ou dolo (como no caso presente) a atividade do Poder Público se desgarra da lei, se divorcia da moral, ou se desvia do bem-comum, tem, pois, o autuado assegurado o seu direito de ver afastada a incidência das referidas e indevidas imputações tributárias.

Reitera o pedido de exame diligencial por preposto estranho ao feito inaugural

Dessa forma, afirma, a exigência como foi feita é inaplicável o recorrente. Pelas razões expostas, entende que o Acórdão recorrido merece reforma para ser julgado pela total Improcedência .

Submetido PAF à apreciação da PGE/PROFIS, esta exara Perecer à fl. 73 dos autos, no qual diz que o recorrente argui que o documento fiscal em questão somente poderia ter sido considerado inidôneo se comprovado o intuito de fraude, o que não ocorreu. Aduz, também, que não há que se falar em responsabilidade solidária porque o imposto devido fora pago pelo fornecedor/fabricante da mercadoria, haja vista tratar de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em conclusão diz que a responsabilidade solidária atribuída ao autuado é decorrente de lei, e surgiu, a partir do momento em que a documentação que acompanhava as mercadorias, foi desclassificada.

Quanto a documentação juntada pelo recorrente, entende que a mesma não é capaz de comprovar o pagamento do imposto relativamente à mercadoria objeto deste Auto de Infração, haja vista, tratar-se de mercadorias difíceis de serem identificadas individualmente. Ao final, opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Analizando as razões aduzidas na peça recursal, e do cotejamento com os elementos constantes dos autos que consubstanciaram a suposta infração, objeto deste Recurso Voluntário, verifico que a exigência fiscal resultou da alegação da “mercadoria ter sido descarregada em local diverso do indicado na referida nota fiscal.”

Observa-se que o presente Recurso Voluntário foi apresentado dentro do prazo legal e em obediência aos ditames da Lei Processual Administrativa.

O objeto da querela está no fato de que não há que se falar em “*intuito comprovado de fraude*” (art. 209, VI do RICMS/97), apto a retirar a idoneidade da documentação fiscal, pois não há dolo comprovado na conduta do autuado, que agiu de boa-fé endereçando a mercadoria ao endereço fornecido pelo adquirente.

Efetivamente, o fato de uma pessoa física adquirir uma grande quantidade de mercadoria não tem o condão de caracterizar a ocorrência da má-fé ou fraude, primeiro porque, consoante já exposto é necessária a comprovação e não a pura e simples presunção do intuito fraudulento para o documento ser considerado inidôneo.

Como ressalta o recorrente, desde a sua peça de impugnação inicial, “O autuante não se atentou para o fato de que a mercadoria sob comento foi adquirida em nome de pessoa física indicada na nota fiscal (EDVANE CONCEIÇÃO DOS SANTOS) e não da pessoa jurídica apresentada pelo Auditor (COMERCIAL MADEIREIRA DENDEZEIRO LTDA.) e entregue no endereço por aquela indicado.

A mercadoria estava acompanhada da nota fiscal, com imposto destacado, recolhido através de substituição tributária, enviado para a pessoa que adquiriu a mercadoria e para o endereço indicado. A que comprova que até o momento da entrega da mercadoria distribuída pelo autuado, constante da Nota Fiscal nº 4998, não houve qualquer ilícito fiscal, o que comprova a boa-fé do autuado.

De fato, se a partir da entrega do produto – o destinatário der fim diverso às mercadorias, realmente, tal fato deverá ser investigado pelo Fisco Estadual que tem poderes para isso, e não pelo autuado.

Em nenhum momento, ficou comprovado que a mercadoria não foi entregue no endereço constante da nota fiscal objeto da autuação, ou seja Av. Dendezeiros, s/n – no município de Valença-Ba.,

Assim sendo, entendo, que o Auto de Infração não pode prosperar, uma vez que está se tentando tributar com base em PRESUNÇÃO.

Diversas são as Decisões de tribunais, rechaçando a presunção em matéria fiscal, dentre elas, a seguir, reproduzimos algumas:

A presunção de infração é figura jurídico-fiscal imaginária. A presunção em matéria fiscal se assemelha a suspeita em matéria penal. É uma simples presunção juris tantum, que pode ser desfeita pela prova contrária. O direito fiscal é de interpretação restrita. O ilícito fiscal deve constituir-se em um fato perfeitamente definido na lei tributária ou fiscal, sem o que não nasce o fato gerador da infração, a tipicidade.” (TJ-RJ, ^a Ap. 09.944 – Capital, de 22/04/75, Rel. Des. Roque Batista).

“A tributação com base em presunção somente é cabível quando expressamente prevista em lei. Diante de eventuais indícios de omissão de receita, a fiscalização deve aprofundar os trabalhos fiscais de modo a comprovar ou não a ocorrência da irregularidade”. (Ac. 101 – 78.997, DOU de 12/04/90, Rel. Cos. Cândido Rodrigues Neuber.)

O recorrente, por se tratar de presunção *juris tantum* alega provar em contrário, acostando aos autos os documentos comprobatórios do recolhimento do imposto pelo fabricante/fornecedor, através da juntada ao presente Recurso Voluntário das notas fiscais de entrada das mercadorias (cimento), no mesmo mês da autuação, para comprovar que em todo o ICMS por substituição, encontra-se devidamente destacado. (fls. 42 a 65 dos autos).

Dessa forma, entendo que as razões apresentadas pelo recorrente são suficientes para considerar o lançamento Improcedente. Dessa forma, a exigência como foi feita, afirmo, é inaplicável ao recorrente. Pelas razões expostas, entendo, em discordância da PGE/PROFIS que o Acórdão recorrido merece reforma para ser julgado pela total Improcedência o presente Auto de Infração.

Portanto, o nosso voto é pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO DISCORDANTE

Voto pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado porque está comprovada a infração, mediante o ato administrativo da apreensão das mercadorias no momento da entrega em estabelecimento comercial quando se observa que o destinatário é pessoa natural.

Não cuidou o autuado de demonstrar a relação entre a pessoa indicada no documento fiscal que pudesse justificar suas alegações e afastar a acusação fiscal.

A circulação de mercadoria sem documentação idônea se presta a acobertar práticas infracionais diversas, seja pelos remetentes, seja pelos destinatários, daí porque o cuidado do legislador em reprimir tal prática.

Embora a empresa tenha anexado notas fiscais de fornecedores com indicação de retenção antecipada do ICMS, nada prova que o cimento apreendido se refere às referidas notas fiscais.

Por isso, divergindo do ilustre Relator, voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário em exame.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para reformar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **08564728/03**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA CENTRAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA**.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros - José Raimundo Ferreira dos Santos, Fauze Midlej, José Carlos Barros Rodeiro e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros - César Augusto da Silva Fonseca, e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2004.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS – RELATORA

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR VOTO DISCORDANTE

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPRES. DA PGE/PROFIS