

A. I. Nº - 152477.0105/10-0
AUTUADO - MM TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - MARCOS DE ARAÚJO SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET 01.12.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0312-05/10

EMENTA: ICMS. SERVIÇO DE TRANSPORTE. MERCADORIAS CONSIDERADAS COMO NÃO SOLICITADAS PELO DESTINÁRIO. NULIDADE. INCERTEZA QUANTO AO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Lançamento fiscal viciado de nulidade por dois fundamentos distintos. 1º) a ilegitimidade passiva, com espeque no art. 18, inc.IV, “b”, do RPAF/99, por ter o autuante atribuído responsabilidade tributária de infração que não foi cometida pelo condutor da carga; 2º) incerteza de cometimento de infração contrária aos interesses arrecadatórios da Fazenda Pública da Bahia, ensejando a declaração de invalidade do ato de lançamento com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, por não ter sido comprovado nos autos que as mercadorias foram ou estavam sendo internalizadas no território deste Estado. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias, em 07/04/2010, para exigir ICMS no valor de R\$ 28.802,97, acrescido de multa de 100%, referente ao transporte das mercadorias acobertadas pela NF-e (DANFE nº 37147), com a acusação de: “*mercadorias comprovadamente não solicitadas pelo destinatário*”.

No campo “descrição dos Fatos” do Auto de Infração consta que as mercadorias destinadas a contribuinte em outra unidade da Federação, onde o mesmo não existe, conforme termo emitido pela SEFAZ Pernambuco (doc. fl. 8), fato comprovado através de diligência fiscal no estabelecimento destinatário, sendo constatado que o mesmo não foi localizado no endereço, sendo que o documento fiscal emitido pelo remetente, empresa Comary Ind. Brasileira de Bebidas Ltda, foi utilizado com intuito de fraude.

Foi lavrado Termo de Ocorrência e Termo de Apreensão (doc. fls. 4 e 5), para a retenção da carga e verificação do real destinatário das mercadorias.

O contribuinte ingressou com defesa, subscrita por advogado, conforme procuração anexa – fl. 61. Relatou o patrono do contribuinte, de início, que o seu representado é uma empresa que atua no ramo de prestação de serviços de transporte de cargas em geral, intermunicipal, interestadual e internacional, conforme contrato social apensado aos autos.

Após relatar os fatos que motivaram o lançamento tributário e o enquadramento legal da mesma no Auto de Infração, enfatizou que as mercadorias que estavam sob sua posse na execução do serviço de transporte se encontravam acobertadas pela nota fiscal eletrônica – DANFE nº 000037147, tendo por destinatário a empresa J DOS SANTOS SILVA-ME, localizada no município de Petrolina/PE (DOC. 02, da defesa – fls. 64/66).

Por seu turno, a citada empresa se encontrava regularmente inscrita perante o cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado do Pernambuco, conforme (DOC 03, fls. 68/71), o que comprovaria a irrazoabilidade da alegação do preposto fazendo contribuinte não existir. Ponderou que, se tal empresa inexistisse emissão de nota fiscal eletrônica, como ocorreu no presente caso.

Citou as disposições do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), que obriga o remetente a verificar se o contribuinte, submetido à operação que enseja a incidência do ICMS, se encontrava regularmente inscrito à época da realização do serviço (art. 15, IV). Disse ter tomado essas providências, constando que a empresa destinatária da mercadoria não só se encontrava com cadastro ativo na Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, como tinha por objeto social a comercialização de bebidas, mercadoria objeto do contrato de transporte, fato documentado no DANFE nº 37147, emitido pela Comary Industria Brasileira de Bebidas Ltda. (DOC. 04 – fls. 73/74).

Pugna pela improcedência da infração sob análise, uma vez que as mercadorias transportadas pela requerente, na época da autuação, estavam sendo enviadas para uma empresa idônea.

No tocante à alegação de fraude na operação frisou que o Código Tributário Nacional é claro ao prescrever que a regra no Sistema Tributário Brasileiro é a da responsabilidade objetiva, no que se refere à infração cometida pelo sujeito passivo, conforme se depreende da leitura do art. 136 do Código Tributário Nacional. Significa dizer que, caso o sujeito passivo realize uma conduta contrária à legislação tributária, sofrerá a incidência de penalidade que, em regra, possui natureza pecuniária sendo que, neste caso, tal infração independe de culpa ou dolo do contribuinte.

Destaca que o próprio CTN excepciona esta situação nos casos em que, para que seja imputada a infração haja necessidade de dolo específico ou se tratar de crime ou contravenção penal. Neste caso, a responsabilidade é de natureza subjetiva, ou seja, caberá à administração fazendária acostar elementos probatórios que demonstrem a ilicitude da conduta realizada pelo sujeito passivo (art. 137).

No presente caso, entende a defesa que o preposto fazendário não apresentou quaisquer documentos que comprovassem a suposta conduta fraudulenta realizada pelo requerente, mas tão-somente alegou tal conduta. E não poderia ser diferente, uma vez que as mercadorias foram enviadas para empresa regularmente inscrita, na época da autuação, conforme fora destacado anteriormente. Disse que caberia à administração fazendária comprovar tal alegação, uma vez que se trata de responsabilidade de natureza subjetiva, por força do art. 137 do CTN. Se houvesse, realmente, uma conduta fraudulenta caberia aos prepostos fazendários apreender as mercadorias por tratar-se de descaminho ou contrabando, além de enviar o processo ao Ministério Público Estadual para que este promovesse as diligências necessárias, o que não ocorreu no caso sob análise.

Requeru a improcedência do Auto de Infração reafirmando não ter praticado qualquer conduta fraudulenta, além de inexistirem provas nos autos para a referida alegação.

Destacou também, ainda nas razões de defesa, que as mercadorias que foram transportadas pelo requerente se encontravam submetidas ao regime de substituição tributária por antecipação, conforme Lei nº 11.408/96, (regulamentada pela Portaria da Secretaria da Fazenda nº 147 do Estado de Pernambuco), de modo que o recolhimento do tributo ao Erário era da responsabilidade do remetente da mercadoria sediada no Estado do Rio de Janeiro.

Formulou pedido pela improcedência do lançamento fiscal.

O agente de tributos autuante, após fazer uma síntese dos fatos motivadores do lançamento e das alegações da defesa, esclareceu que a ação fiscal que originou o presente Auto de Infração foi realizada no Posto Fiscal Benito Gama, localizado no Município de Vitória da Conquista-Ba, quando o condutor do veículo de placa policial LNN-2194, apresentou o DANFE nº 37147, onde constava como emitente a Empresa Comary – Ind. Brasileira de Bebidas Ltda, localizada no Estado do Rio de Janeiro e como destinatário, a Microempresa J DOS SANTOS SILVA, CNPJ Nº 10.644.335/0001-04, com endereço cadastrado em Petrolina/PE. A mercadoria era bebida quente (vinhos) e o valor total da nota: R\$ 71.006,76.

Diante do grande volume de compra (R\$ 71.006,76) de apenas microempresa, cujo início de atividade foi janeiro de 2009 relacionado ao comércio varejista de mercadorias em geral, (conf foi solicitada diligência à SEFAZ de Pernambuco. O servidor

Pernambuco, por sua vez, esteve no endereço cadastrado pela Microempresa J DOS SANTOS SILVA, no dia 29 de março de 2010, sendo constatado que não existia empresa alguma funcionando naquele endereço. Lavrado o Termo de Constatação (documento equivalente a FLC-Ficha de Localização de Contribuinte, utilizado pela SEFAZ da Bahia), foi em seguida solicitado o cancelamento da inscrição do contribuinte. (doc. as 7 do PAF).

Conformando a inexistência do contribuinte, foi publicado no Diário Oficial do dia 30/04/2010, do Governo do Estado de Pernambuco, o edital de cancelamento do contribuinte J. DOS SANTOS SILVA ME, transscrito em seu inteiro teor na peça informativa.

Frisou o autuante que, inicialmente, houve a comprovação da inexistência fática da empresa e, posteriormente, a ratificação desse fato com o cancelamento da Empresa, convertendo-se em inexistência jurídica. Conclui a autoridade fiscal que uma empresa que existia apenas no “papel”, estava adquirindo mercadorias em valor e volume incompatível com seu porte, visto que seu capital social declarado era R\$ 20.000,00 e a microempresa estava comprando de apenas um item, no valor aproximado de R\$ 71.000,00.

Diante da informação prestada pela SEFAZ de Pernambuco, através do Termo de Constatação, foi lavrado o Auto de Infração contra o transportador, na condição de responsável tributário por solidariedade, exigência fundamentada no art. 6º, III, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreveu.

Enfatizou que a alegação do autuado de que o destinatário estava regularmente inscrito no cadastro da SEFAZ de Pernambuco foi comprovado juridicamente, porém, de fato, a empresa era inexistente, ou seja, “era uma empresa fantasma” e com alguém se beneficiando da operação com o intuito de não recolher os tributos devidos ao Estado e à União.

Neste contexto, frisou que o transportador não entregaria, nem entregou a mercadoria no estabelecimento indicado na nota fiscal, vez que, conforme documentos da SEFAZ de Pernambuco, no endereço indicado, não existia empresa alguma.

Destacou que o fato do autuado aceitar prestar o serviço, transportando mercadoria a destinatário cujo estabelecimento era inexistente, acarretou o ônus de responder pela irregularidade.

Quanto ao questionamento do autuado sobre suposta fraude, frisou que sendo inexistente o destinatário, a operação fraudulenta foi realizada graças a participação e conivência do transportador, levando a mercadoria a local diverso do indicado na nota fiscal, vez que, no endereço do destinatário não funciona empresa alguma. Transcreveu o art 13 da lei do ICMS para fundamentar a exigência no local onde se constatou a irregularidade.

Em relação à classificação fiscal do documento como inidôneo, disse essa imputação teve por base o fato da operação comercial ter sido realizada para alguém diverso do constante no documento fiscal, ou seja, se o estabelecimento destinatário é inexistente, alguém estava utilizando de tal recurso para efetuar operações comerciais em nome daquela empresa supostamente regular. E a referida situação foi comprovada, segundo o autuante, através de atos administrativos praticados pela Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, ao lavrar o Termo de Constatação e o Edital de Cancelamento da Empresa J DOS SANTOS SILVA.

No que se refere à alegação de que a mercadoria estaria sujeita ao regime de substituição tributária e que o ICMS já fora recolhido pelo remetente, rebateu afirmando que na nota fiscal eletrônica (DANFE nº 37147), não há qualquer destaque de ICMS referente à substituição tributária. Embora o Autuado tenha feito tal afirmação, não apresentou qualquer documento que comprovasse a sua alegação. Portanto, a afirmação se encontrava desprovida de fundamentação.

Citou, em seguida, as disposições do §2º do art. 911, para reforçar o entendimento da procedência do Auto de Infração, com o seguinte teor:

Art. 911. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 915.

.....

Created with

 **nitroPDF** professional
download the free trial online at nitropdf.com/professional

§ 2º A mercadoria ou serviço serão considerados em situação irregular no território baiano se estiverem desacompanhados da documentação fiscal própria ou acompanhados de documento falso ou inidôneo (art. 209).

Ao finalizar, pediu pela Procedência de Auto de Infração.

VOTO

Da análise dos autos verifico que a situação jurídica de cancelamento da inscrição do contribuinte J. dos Santos Silva, destinatário das mercadorias apreendidas e com endereço cadastrado no município de Petrolina-Pe, só se consolidou com a publicação do edital específico, no Diário Oficial do Estado de Pernambuco, fato verificado em 30/04/2010, portanto posterior à formalização do lançamento tributário, ocorrida em 07/04/2010.

O transportador da mercadoria, sediado em Vitória da Conquista-Bahia, ao qual foi atribuída a responsabilidade pelo pagamento do imposto, via Auto de Infração, não poderia saber que o estabelecimento de destino, sediado em outro Estado, já não mais funcionava no endereço indicado na nota fiscal eletrônica (DANFE nº 37.147). Para tanto, teria que fazer as diligências empreendidas pelo fisco, que detém os poderes de investigação e de polícia, que não são conferidos aos particulares. No caso concreto, somente após a devida publicidade do ato de cancelamento, que foi precedido da investigação do fisco de Pernambuco, poderia o transportador deixar de executar o contrato de transporte, para não responder solidariamente pelos tributos vinculados à operação.

A questão que se apresenta, também, nesta lide é se o tributo seria devido ao Estado da Bahia, visto que a operação autuada envolvia remessas entre contribuintes localizados nos estados do Rio de Janeiro e de Pernambuco. Necessária seria a apresentação das provas de que as mercadorias foram ou estavam sendo, no momento da ação fiscal, internalizadas no território baiano.

Nesta situação se encontra caracterizada a NULIDADE do lançamento fiscal, por dois fundamentos:

- 1) a ilegitimidade passiva, com espeque no art. 18, inc.IV, “b”, do RPAF/99, por ter o autuante atribuído responsabilidade tributária de infração que não foi cometida pelo condutor da carga;
- 2) incerteza de cometimento de infração contrária aos interesses arrecadatórios da Fazenda Pública da Bahia, ensejando a declaração de invalidade do ato de lançamento com base no art. 18, IV, “a”, do mesmo diploma legal acima citado.

Representa-se à autoridade fazendária competente para que avalie a possibilidade de renovar a ação fiscal a salvo das falhas acima apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 152477.0105/10-0, lavrado contra **MM TRANSPORTES LTDA**. Recomenda-se que seja avaliada a possibilidade de renovação da ação fiscal.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE IN

JOSÉ RAIMUNDO

Created with

 nitro PDF professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional