

PROCESSO - A. I. Nº 118505.0015/11-8
RECORRENTE - ORLANDO DA SILVA DE AZEVEDO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 5ª JF nº 0046-05/12
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 11/04/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0071-12/13

EMENTA: ICMS. ENTREGA DE MERCADORIAS A DESTINATÁRIO DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto, quando os atos ou omissão daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo. O autuado se apresentou como preposto, assinando termos processuais, sua defesa foi patrocinada por advogado do emitente, constando no corpo das notas fiscais que as mercadorias deveriam ser entregues ao autuado, em local não autorizado pela SEFAZ. Afastada a nulidade de ilegitimidade passiva. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário que impugnou a Decisão da 5ª Junta Julgamento Fiscal, por ter julgado Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 14/06/2011, onde se exigiu ICMS no valor de R\$52.275,87, acrescido de multa de 100%, em decorrência da entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal.

Após defesa inicial e manifestação do autuante, os autos foram encaminhados para julgamento da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que exarou a seguinte Decisão:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado pela Fiscalização de Trânsito, sob a alegação da entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal.

Em sua defesa, inicialmente, através de advogado legalmente constituído, com instrumento de mandato anexo aos autos, fl. 163, o autuado alega ilegitimidade passiva, uma vez que é funcionário da empresa ASGA S.A, sociedade com sede em São Paulo, CNPJ nº 59.694.729/0001-58 e que não realizou qualquer tipo de operação. Argui que os contribuintes envolvidos, na operação, são a TELEMAR, a ASGA e os transportadores, na qualidade de responsáveis solidários.

Pede ainda que as intimações sejam encaminhadas para o advogado cadastrado nos autos, sob pena de sua nulidade.

Não constato no presente processo administrativo fiscal nada que o inquine à nulidade, pois lavrado em acordo com as regras do artigo 39, RPAF BA; inexistente, igualmente, a alegada ilegitimidade passiva, que será abordada de forma minuciosa, quando do exame de mérito.

Quanto às intimações, em função do endereço precário constante dos autos do sujeito passivo, local onde foram entregues as mercadorias apreendidas, recomendável que as intimações processuais sejam efetivamente encaminhadas para o advogado cadastrado nos autos. Ressalto, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

No mérito, alega o autuado que as mercadorias discriminadas no presente Auto de Infração, constavam dos DANFES, documentos idôneos, operações regularmente escrituradas e os impostos recolhidos. Diz ainda que a irregularidade foi praticada pela transportadora ao descarregar mercadoria em local diverso do indicado nos documentos fiscais, que sequer tinha a posse dos bens e que não poderia dar ciência por não ser representante legal das partes.

Verifico a apreensão de mercadorias (cabos flexíveis, cabo de rede, cordão ópticos, conectores, etc.) que estavam sendo entregues em local diverso daquele indicado nos respectivos documentos fiscais, conforme consta no Termo de Apreensão 118505.0020/11-1 (fl.04).

As mercadorias apreendidas estavam descritas nos diversos DANFES (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica), representação simplificada da NF-e com a função, entre outras, de acompanhar a mercadoria em trânsito e que fornece informações básicas sobre a operação em curso. Os documentos foram emitidos pela ASGA S/A com o destinatário TELEMAR NORTE LESTE S/A BAHIA, situada na rua Silveira Martins, 355, Cabula, Salvador – BA.

Ocorre que as mercadorias foram entregues em destinatário diverso e em local não autorizados pela Secretaria da Fazenda, rua Flor do Bosque, nº 13, Itapuã, Salvador – BA, caracterizando estabelecimento clandestino.

Não logra êxito, portanto, a arguição defensiva de ilegitimidade passiva e de que não poderia o autuado dar ciência aos termos processuais, por não ser representante legal das partes, uma vez que o mesmo se apresentou em nome da ASGA, acompanhou a ação fiscal, conferindo exatidão às mercadorias apreendidas. Observo, inclusive, que foi demandado pelo emitente das mercadorias a representá-lo na assinatura do Auto de Infração, conforme prova o documento de fl. 07, e demais termo de ocorrência, de intimação, de apreensão.

Além de sua identificação a posterior como funcionário da ASGA (fls. 165/167), agiu o Senhor Orlando da Silva de Azevedo como Preposto, pessoa que por nomeação, delegação ou incumbência de outra, o proponente, dirige negócio seu ou lhe presta, em caráter permanente, serviço de determinada natureza.

No caso concreto, foram delegados pela sociedade empresária, emitente das notas fiscais eletrônicas, cujas mercadorias objeto da presente autuação, foram entregues a destinatário diverso, poderes de representação da empresa perante terceiros.

No direito tributário, além do contribuinte que tem relação direta com o fato gerador da obrigação tributária, é possível que a lei atribua a terceiros o ônus de cumprir a obrigação tributária prevista na norma jurídica. É hipótese de sujeição passiva indireta, que a doutrina divide entre as modalidades transferência e substituição.

Para clareza da exposição, transcreveremos o artigo 5º da Lei Complementar 87/96:

“Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.”

O dispositivo acima citado trata da sujeição passiva transferida a terceiros, quando este por ação ou omissão, colaborarem para que o contribuinte de direito deixe de cumprir a sua obrigação tributária.

Ressalto a participação efetiva do autuado, agindo de modo a colaborar no descumprimento da obrigação por parte do contribuinte direto, o que justifica a atribuição a si pelo recolhimento do ICMS devido. Além das situações, antes comentadas, que os vinculam, o liame existente entre o autuado e o emitente das mercadorias pode ser observado na própria defesa do sujeito passivo que foi patrocinada por advogado do emitente dos documentos fiscais, objeto das discussões. Conta ainda no corpo dos aludidos documentos, no campo notas complementares, que a entrega das mercadorias deveria ser feita ao senhor Orlando Azevedo, detentor das mesmas e sujeito passivo do presente lançamento de ofício, na rua Flor do Bosque, 13, local não autorizado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Observo que no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 13118505069/11, lavrado para materializar a infração praticada pelo autuado, consta o número das 65 (sessenta e cinco) notas fiscais, foi devidamente assinado pelo detentor das mercadorias e documentos apreendidos acostados à folha 15 dos autos.

A base de cálculo da exigência foi elaborada de acordo com a legislação de regência, de acordo com a memória de cálculo, fl. 06; o valor do crédito tributário lançado de ofício é de R\$ 52.275,87, além da multa de 100%.

Posto isso, as alegações defensivas não têm o condão de elidir a ação fiscal, uma vez que o autuado descarregou mercadorias em outro destinatário, localizado em endereço desconhecido e não autorizado pela fiscalização desse Estado. A infração está devidamente caracterizada, o autuado é o responsável tributário, nos termos do art. 5º, LC 87/96, além do art. 6º, Lei 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, interpôs Recurso Voluntário, onde requereu a nulidade da ação fiscal e, caso assim não entenda, seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Em sede de preliminar, o autuado esclareceu que é funcionário da empresa ASGA S/A, não sendo comerciante, nem possuindo inscrição estadual ou autorização junto à SEFAZ para funcionamento, uma vez que é apenas empregado da referida empresa. Nesse sentido, argumentou que não pode ser responsável pela empresa, tendo em vista que sequer é o representante legal da mesma.

Arguiu que as empresas ASGA S/A e TELEMAR NORTE LESTE S/A foram quem realizaram as operações sujeitas às regras do RICMS/BA, sendo assim, eles os contribuintes, os quais deveriam ser os autuados, ou os transportadores, que no presente caso, respondem solidariamente, nos termos do art. 39, I, “a”, do RICMS/BA, haja vista que descarregou a mercadoria em local diverso do indicado nos documentos Fiscais.

Segundo o recorrente, as determinações do art. 39 V e VI do RICMS/97, não devem ser aplicadas, pois além da cobrança de multa acessória e imposto, o mesmo não tinha a posse das mercadorias. Desta forma, cumpriu ressaltar que caso o Auto de Infração tivesse sido lavrado contra a ASGA S/A, TELEMAR NORTE LESTE S/A ou a TRANSPORTADORA, ele não poderia dar a “ciência” do ato praticado pela fiscalização por não ser representante legal de qualquer das partes, não podendo ser pessoalmente responsabilizado por práticas de terceiros.

De acordo com a peça recursal a Junta de Julgamento baseou a sua Decisão no art. 5º da LC 87/96, uma vez que o referido dispositivo trata da sujeição passiva transferida a terceiros, quando este por ação ou omissão, colaborarem para que o contribuinte deixe de cumprir a sua obrigação tributária. Entretanto, suscitou nulidade da ação fiscal com base no art. 18, IV, “b” do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), tendo em vista que houve indicação errônea quanto à sua qualificação como *sujeito passivo da obrigação tributária*.

Arguiu, o recorrente, ainda sobre os documentos fiscais, que no referido caso a empresa ASGA S/A quando da emissão dos DANFE’s, o ICMS objeto das mesmas, foram destacados, recolhidos e escriturado em livro próprio – Registro de Saídas, e acerca da alíquota a ser aplicada, deve ser a interestadual e não a alíquota interna, uma vez que a ASGA possui sede em outro estado da federação, sendo indevido o ICMS com alíquota majorada (17%).

Diante do exposto, aduziu que caso não seja acolhida a preliminar de nulidade, a Telemar Norte Leste S/A deve ser responsabilizada quanto ao diferencial de alíquota aplicada. Ademais, ressaltou que todas as mercadorias relacionadas nas DANFE’S foram objetos de operação de compra e venda realizadas entre a ASGA S/A e a Telemar Norte Leste S/A foram devidamente tributadas, tendo seus impostos recolhidos, não havendo qualquer prejuízo aos cofres públicos.

Arguiu o Princípio da Razoabilidade, o qual visa buscar o equilíbrio, a moderação e harmonia, na procura do que corresponde ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Assim, aduziu que o ato praticado não causou nenhum prejuízo ao erário público estadual, estando todos os impostos incidentes, destacados e recolhidos, não devendo a presente ação fiscal prosperar.

Por fim, reiterou o pedido de nulidade da ação fiscal por não ser parte legítima da presente lide, e caso assim não for entendido, considerando que o ato praticado não causou prejuízo ao erário público estadual, estando todos os impostos incidentes, destacados e recolhidos, requereu improcedência do Auto de Infração em combate.

Os autos foram encaminhados para Parecer opinativo da PGE/PROFIS. De acordo com o Parecer da i. Procuradora, Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé, considerou-se ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão, tornando-se incabível a arguição de nulidade, uma vez que o lançamento tributário não apresenta incorreções ou falhas capazes de

gerar prejuízos ao contribuinte, respeitando os princípios constitucionais da legalidade, ampla defesa e do devido processo legal.

Aduziu que arguição de ilegitimidade passiva do autuado deve ser afastada, uma vez que nos autos possuem elementos que comprovam a vinculação do recorrente ao presente lançamento tributário.

Asseverou que as mercadorias constantes no Auto de Infração foram entregues em destinatário e endereço divergente dos indicados nos referidos documentos fiscais, sendo caracterizado o estabelecimento como clandestino. Cumpriu ressaltar que o recorrente não só foi encontrado pelas autoridades fiscais no local clandestino de descarga de mercadorias, como foi autorizado pela emitente das notas fiscais a assinar o Auto de Infração e o respectivo Termo de Apreensão, não obstante constar nos documentos fiscais eletrônicos juntados pelo autuante, que a entrega das mercadorias deveria ser efetivada ao Sr. Orlando Azevedo, no respectivo local não autorizado pela SEFAZ/BA.

Quanto ao mérito, aduziu que os argumentos trazidos em peça recursal com a finalidade de desconstituir a infração carecem de fundamento jurídico e com relação à responsabilidade solidária disciplinada pelo art. 124 do CTN, pontuou que decorre de duas hipóteses, quais sejam, pessoa com interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e pessoas expressamente designadas por lei.

Segundo opinativo da nobre PGE/PROFIS, o recorrente reconheceu a condição de empregado da ASGA S/A, ao tempo que realizou atos que concorreram para o descumprimento da obrigação tributária, pelo contribuinte de direito, sendo assim, tido como responsável tributário. Nesse sentido, ressaltou que todas as pessoas designadas por lei e que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal estão vinculadas por solidariedade tributária.

Por fim, diante do exposto, opinou pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Compulsando os autos, verifico tratar-se de um caso no qual o contribuinte, ora recorrente, foi autuado como responsável solidário por entrega de mercadorias em local diverso do que consta nos DANFE'S que acompanhavam as mercadorias e não autorizado pela SEFAZ/BA.

Tomando para análise o teor do Recurso, o mesmo sustenta a tese de que a autuação é nula, vez que o polo passivo desta relação esta sendo ocupado por pessoa ilegítima para figurar nesta lide processual. Argui ser funcionário da empresa ASGA.S/A e que não tem poderes de procurador, muito menos de representante de qualquer dos envolvidos.

De forma preambular, cumpre destacar que o lançamento tributário foi elaborado de forma consoante ao que dispõe o RPAF/99 e sem violar qualquer dos princípios tributários ou administrativos em vigência. A descrição da autuação é clara e precisa a respeito do ato que ensejou a autuação fiscal, do sujeito passivo, do quanto e do respectivo dispositivo legal violado.

Analizando os autos, percebo que os documentos emitidos tinham como destinatário a TELEMAR NORTE LESTE S.A Bahia, situada na Rua Silveira Martins, 355, Cabula, Salvador/Ba. Entretanto, as mercadorias foram entregues em local não autorizado pela SEFAZ, ou seja, Rua Flor do Bosque, nº 13, Itapuã, Salvador- BA, tendo por tipificada a infração ora discutida.

Vale ressaltar que nos documentos fiscais acostados aos autos consta o nome do recorrente como sendo responsável por efetivar o recebimento das mercadorias. O mesmo também foi autorizado pela emitente das notas fiscais, a empresa ASG S/A, a representá-lo na assinatura do Auto de Infração, e demais documentos que integram a autuação, ou seja, o Termo de Ocorrência, Apreensão, intimação, conforme prova o documento de fl. 07, tendo o recorrente acompanhado a

ação fiscal, conferindo a exatidão das mercadorias apreendidas. Inclusive, tem-se nos autos, conforme demonstra os documentos acostados às fls. 165/167, ser o recorrente funcionário da ASGA S/A.

Cumprе ressaltar que o recorrente foi encontrado pelas autoridades fiscais no local clandestino de descarga de mercadorias, como a pessoa autorizada a assinar o Auto de Infração e o respectivo Termo, não obstante constar nos documentos fiscais eletrônicos juntados pelo autuante, que a entrega das mercadorias deveria ser efetivada ao Sr. Orlando Azevedo, no respectivo local não autorizado pela SEFAZ/BA.

Faz-se mister a alusão ao o artigo 5º da Lei Complementar 87/96, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.”

Sendo assim, verifico que não assiste razão ao recorrente quando alega não ser parte legítimo para atuar no polo passivo, uma vez que o mesmo é responsável tributário neste caso. O recorrente, com seus atos, concorreu para essa autuação fiscal, devendo a este ser atribuída a qualidade de responsável solidário ao lançamento de ofício atinente.

De acordo com o artigo 124 do CTN, a responsabilidade tributária decorre de duas hipóteses, quais sejam: pessoas com interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e pessoas expressamente designadas por lei.

Em conclusão, restou evidenciado que o recorrente está qualificado para atuar no polo passivo desta relação tributário como responsável solidário, nos termos do art. 124 do CTN, 5º da Lei Complementar 87/96 e 6º da Lei nº 7.014/96.

Portanto, não cabe falar em nulidade da autuação por ilegitimidade passiva.

Quanto à alegação recursal, em sede de mérito, não cabe ao recorrente questionar a alíquota aplicada, vez que, segundo determinação regulamentar, aplica-se sempre a alíquota interna quando de infração constatada pela fiscalização do trânsito de mercadorias, ocorridos no território deste Estado.

Por conseguinte, por tudo quanto exposto, à luz dos documentos e da legislação aplicável ao caso em tela, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que seja mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **118505.0015/11-8**, lavrado contra **ORLANDO DA SILVA DE AZEVEDO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$52.275,87**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REP DA PGE/PROFIS