

A. I. Nº - 210741.0805/12-7
AUTUADO - ADAILTON FERREIRA DE JESUS
AUTUANTE - EVANDO FERNANDES BRITO e ORLANDO JOSÉ MORAES FILHO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET 01.03.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0029-04/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO SEM ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. A desconformidade da tipificação da infração (entrega de mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal) e o fato constatado (transporte de mercadoria com documento fiscal inidôneo) indica insegurança na determinação da infração, conforme art. 18, IV, “a”, do RPAF. Recomendada a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/08/2012, exige ICMS no valor de R\$5.620,20, acrescido da multa de 100%, em decorrência de entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Consta no Termo de Apreensão nº 210741.0805/12-7 (fl. 04), que se refere a 380 sc de 50 kg de Farinha de Trigo especial Bianca destinada à empresa Érica dos Santos situada em Poço Verde – SE, que, segundo informações do proprietário do imóvel no qual o destinatário se localiza, a referida empresa não exerce e nunca exerceu atividades no local, ou seja, a empresa não existe de fato, razão pela qual o DANFE 027135657-0 torna-se inidôneo, pois caracteriza entrega em local diverso do endereço indicado no documento fiscal.

Foram dados como infringidos os artigos 6º, III, “a”, 13, I, “b”, item 1, 17, § 3º, 40, §3 e 44, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 318, § 3º, RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, e sugerida a multa prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, à fl. 18, apresenta defesa alegando ter sido autuado sob a acusação de que adentrou no território baiano com mercadoria que seria entregue em local diverso do indicado na nota fiscal, presunção proibida pelo Direito Tributário. Juntando outro documento fiscal com mercadoria ao sujeito passivo (fl. 27), aduz que a empresa destinatária acha-se em pleno funcionamento, cuja abertura e fechamento ocorre à hora que quer seu proprietário, pois pode funcionar como depósito fechado e ou vendas no varejo ou atacado.

Afirma que o transportador, estando no sul da Bahia, se achava na normal rota entre o remetente (situado em São Paulo) com destino a destinatário situado em Sergipe e que a informação de que o estabelecimento destinatário estava fechado não se confirmou, não se podendo, portanto, afirmar que a mercadoria seria entregue em endereço diverso daquele do destinatário.

Afirma não haver prova de entrega da mercadoria a estabelecimento de contribuinte baiano e questiona porque a desconfiança do agente fiscal não o levou a elaborar o passe fiscal.

Alega que o fisco baiano não tem poderes para considerar a nota fiscal emitida em conformidade com a legislação do Estado do emitente (São Paulo) e do destinatário (Sergipe) e que apenas caberia ao fisco da Bahia comunicar ao de Sergipe o motivo da inidoneidade, caso constatassem alguma irregularidade no documento fiscal.

Afirma que haverá *bis in idem* tributário caso o auto de infração seja considerado procedente.

Um dos autuantes informa às fls. 39-43, que o auto de infração foi lavrado ao se constatar na fiscalização volante o trânsito de mercadoria destinada a contribuinte situado em Sergipe, mas que, conforme docs. que junta, de fato não existe, pois criado para burlar o fisco sonegando impostos.

O transcrevendo, diz que a eleição do sujeito passivo se deu conforme o art. 6º, III, “d” da Lei 7.014/96. Segundo, afirma não ter havido presunção na autuação, pois ela foi baseada em fatos e documentos provando que a mercadoria não era transportada ao destinatário apontado no DANFE, uma vez que este é fictício, como se vê na declaração firmada pelo locador do imóvel onde supostamente funcionaria a empresa (fl. 06). Isso também se vê confirmado no Boletim de Ocorrência de fl. 07, lavrado antes da ação fiscal, onde Érica Jesus dos Santos, identificada como titular da empresa destinatária, declara nunca ter tido qualquer atividade comercial e que seria vítima de um morador do povoado Barrocão, chamado Célio.

Quanto ao argumento relativo à rota que o Impugnante considera normal, esclarece haver na operação um desvio de mais de 200 km em um trajeto de cerca de 2000 km.

Reconhece a não emissão do Passe Fiscal, mas esclarece que isto se justifica porque sendo um documento a ser emitido no posto fiscal de fronteira, o autuado evitou os postos fiscais do seu percurso, o que se comprova pela ausência de carimbo no DANFE.

Transcreve os arts. 40, §3º e 44, II, “f” da Lei nº 7.014/96, como argumento para o fisco baiano considerar inidôneo o documento fiscal que lhe foi apresentado.

No sentido de arrematar a irregularidade autuada informa que em consulta pública ao SINTEGRA de Sergipe verificou a condição de inaptidão para o comércio da pessoa jurídica destinatária por estar com a IE na condição de CANCELADA.

Quanto ao argumento defensivo de existência de *bis in idem*, informa isto não existir uma vez que a empresa destinatária nunca recolheu qualquer tributo.

Conclui pedindo seja o auto de infração julgado procedente.

VOTO

Na presente ação fiscal se exige imposto sob a acusação de entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado na NF-e nº 000.239.786 (fl. 08).

Verifico que o documento fiscal acima identificado foi emitido pela empresa Correcta Indústria e Comércio Ltda, situada no estado de São Paulo, para acobertar a mercadoria objeto da autuação, que possui como destinatário a empresa Érica Jesus dos Santos situada na cidade de Poço Verde, Sergipe.

O autuado se defende alegando autuação ilegal pela presunção de que adentrou no território baiano com mercadoria que seria entregue em local diverso do indicado na nota fiscal. Juntando outro documento fiscal com mercadoria a ela destinada (fl. 27), aduziu que a empresa destinatária achava-se em pleno funcionamento.

Ao contrário do autuante, afirmou que a ação fiscal se deu na normal rota entre o remetente (situado em São Paulo) e destinatária situada em Sergipe e que a informação de que o estabelecimento destinatário estava fechado não se confirmou, não se podendo, portanto, afirmar que a mercadoria seria entregue em endereço diverso daquele do destino.

Por sua vez, o autuante informou que o auto de infração foi lavrado ao se constatar em fiscalização volante do trânsito de mercadoria destinada a contribuinte situado em Sergipe, mas que, conforme docs. que junta, de fato não existe, pois criado para burlar o fisco sonegando impostos.

Analizando os autos constato que a declaração de fl. 6 e o BO de fl. 7, são suficientes elementos para, com base no art. 44, II, “f”, da Lei 7.014/96, demonstrar a inidoneidade da NF-e que

acobertava a mercadoria objeto da autuação, e, estando a mercadoria em circulação na Bahia acompanhada de documento fiscal inidôneo, o art. 6º, III, “d” da citada lei, autoriza a exigência do ICMS tendo o transportador como sujeito passivo tributário.

Entretanto, a despeito disso, observo flagrante incongruência entre a acusação fiscal tipificada (entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal) com a irregularidade constatada (transporte de mercadoria com documentação fiscal inidônea no território baiano), o que se constitui em vício material do lançamento.

Para caracterizar o fato acusado há que haver flagrante ou incontestável prova de que a mercadoria foi descarregada em local diverso do consignado no documento fiscal que lhe dava trânsito, o que neste caso não ocorreu, pois, a despeito da inidoneidade documental constatada e exaustivamente relatada na informação fiscal, a acusação é de presunção de entrega da mercadoria em local diverso do indicado na NF-e sem prova que isto, de fato, tenha ocorrido.

Considerando que o fato se cinge a uma apuração de qual era a condição do destinatário no momento da ação fiscal, se o contribuinte destinatário estava ou não apto para exercer a atividade comercial, com a necessária e indispensável prova de sua condição cadastral quando da operação objeto da autuação, entendo que a divergência aventada absolutamente vicia o lançamento vez que sua correção no auto não é possível por implicar em mudança do fulcro da autuação. Portanto, com fundamento no art. 18, IV, “a”, do RPAF, declaro nula a infração contida neste auto e, com fundamento no art. 156 do mesmo regulamento, recomendo à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública da Bahia.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210741.0805/12-7**, lavrado contra **ADAILTON FERREIRA DE JESUS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2013.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA