

A.I. Nº - 210741.0804/12-0
AUTUADO - ADAILTON FERREIRA DE JESUS
AUTUANTES - EVANDO FERNANDES BRITO e ORLANDO JOSÉ MORAES FILHO
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 07. 03. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JF Nº 0033-01/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à entrega de mercadorias em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal, enquanto a matéria fática diz respeito a trânsito de mercadorias acompanhada de documento fiscal inidôneo. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/08/2012, imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de entrega de mercadorias em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal, exigindo ICMS no valor de R\$9.465,60, acrescido da multa de 100%. Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que as mercadorias foram interceptadas na BA 275, acompanhadas do DANFE nº 239693 emitido pela CORRECTA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., em São Paulo, tendo como destinatário a empresa ÉRICA JESUS DOS SANTOS ME, no município de Poço Verde - SE, IE nº 027135657-0. Consta ainda que segundo informações do proprietário do imóvel a referida empresa não exerce e nunca exerceu atividades no local, ou seja, a empresa não existe de fato, o que torna o DANFE acima identificado inidôneo, pois caracteriza entrega em local diverso do endereço indicado no documento fiscal.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 17 a 20), afirmando que o Fisco incorreu em equívoco, por basear a autuação em presunção, situação proibida pelo Direito Tributário.

Observa que a acusação fiscal aponta que o autuado adentrou no território baiano com mercadorias destinadas a empresa que de fato estaria fechada. Rechaça tal alegação afirmando que a empresa fica aberta ou fechada a hora que o proprietário quiser, pois pode funcionar como depósito fechado e/ou vendas abertas a varejo ou atacado.

Sustenta, entretanto, que a empresa destinatária está em pleno funcionamento, conforme documento acostado aos autos às fls. 25/26.

Registra que o transportador vinha de São Paulo com destino à Sergipe, rota normal que estava no sul da Bahia em direção ao destino, quando a Fiscalização, baseada em informação não confirmada de que a empresa se encontrava fechada, imputou a infração de que as mercadorias seriam entregues em endereço diverso. Questiona como pode ser autuado um contribuinte por entrega de mercadorias em endereço diverso se estas ainda estavam viajando e na carroceria de um caminhão. Diz que isto é presumir um ilícito de que o contribuinte/responsável sequer pensava quanto mais executava tal ação, sendo agora apenado sem sequer entregar.

Salienta que caso se encontrasse um flagrante ato de entrega de tais mercadorias num estabelecimento comercial de alguma cidade da Bahia, estaria, assim, caracterizada a entrega em

endereço diverso do indicado no documento fiscal, do contrário é autuar por cartomancia, ciência estranha ao Direito Tributário.

Apresenta outro questionamento no sentido de que se a Fiscalização desconfiava da internalização das mercadorias na Bahia, por que não emitiu o devido passe fiscal.

Frisa que o procedimento do Fisco é equivocado, por não ter poderes para considerar a nota fiscal inidônea, uma vez que as mercadorias tinham como destino o Estado de Sergipe, assim, o Estado da Bahia não tem poderes para multar e/ou considerar esta nota inidônea, emitida em conformidade com a legislação dos Estados de São Paulo e Sergipe.

Observa que se tal nota fiscal foi verificada no Estado emitente e não foi verificada nenhuma irregularidade, nem tampouco inidoneidade pelo Fisco daquele Estado, pitoresco é o fato de se achar incongruência com a legislação do Estado da Bahia, que nada tem a ver com a transação comercial, apenas porque serviu as estradas deste Estado como passagem das mercadorias.

Argumenta que somente caberia ao Fisco da Bahia, caso entendesse haver alguma irregularidade, comunicar ao Estado e Sergipe, o motivo da inidoneidade da nota fiscal, para que, acatando como verdadeira a informação, tomasse as providências necessárias para o caso.

Destaca que caso o Auto de Infração seja procedente, haverá fatalmente o *bis in idem*, porquanto ocorrerá uma tributação que já se instalou no Estado emitente das mercadorias, cujo imposto já foi recolhido e outra que se aplica com a lavratura do Auto de Infração na Bahia.

Conclui pugnando pela improcedência do Auto de Infração.

Na informação de fls. 37/41 o informante apresenta um breve relato dos fatos, para depois consignar que apesar da não contestação do autuado, a eleição do sujeito passivo se deu por força do art. 6º, III, “a” da Lei nº 7.014/96, cujo texto reproduz, sendo correta perante a legislação vigente.

No mérito, assinala que a argumentação defensiva se fundamenta na tese de que a autuação se deu por presunção, não havendo respaldo jurídico para manutenção do crédito tributário exigido.

Observa que presunção, no sentido jurídico, é a transposição para o mundo real de uma situação fictícia, para que esta surta efeitos no âmbito jurídico, como se de fato houvesse ocorrido.

Sustenta que no caso da presente lide isto jamais ocorreu, pois toda a autuação foi baseada em fatos e documentos que comprovam, e não apenas presumem, que as mercadorias não eram destinadas ao contribuinte apontado no DANFE, pelo simples fato de este jamais existir, senão, de forma fictícia.

Observa que a declaração acostada a fl. 06, com firma reconhecida, dada pelo locador do imóvel onde supostamente funcionaria a empresa destinatária diz que: “... *Imóvel encontra-se fechado desde a data da locação ou seja 01/02/2012 data abertura contrato (sic)*”.

Frisa que em seu arrazoado o autuado argumenta que lhe cabe definir os horários de funcionamento do seu estabelecimento, e pelo visto, ficou claro, que é pra nunca funcionar, pois foi essa a definição desde o início. Afirma que cai por terra, portanto, o argumento de que a empresa estaria em pleno funcionamento.

Diz que de forma ainda mais contundente, à fl. 07, se verifica cópia de Boletim de Ocorrência, lavrado em delegacia de polícia da SSP-BA, em data anterior a data da operação, 01/08/2012, onde a vítima, ERICA JESUS DOS SANTOS, pessoalmente identificada pela autoridade policial, declara que “*nunca teve nenhum comércio mas, certa vez um morador do povoado Barroco, conhecido como Célio, pediu seus documentos, prometendo uma televisão e que Célio nos dias de hoje reside na cidade de Poço Verde*”(grifou).

Salienta que a senhora Érica Jesus dos Santos é a titular da empresa destinatária, que afirma veementemente que nunca exerceu qualquer atividade comercial, como jamais possuiu qualquer empresa em seu nome. Diz que, ao que lhe parece, foi vítima de uma organização montada com o intuito claro de burla do Fisco.

Contesta a argumentação defensiva de que o veículo vinha em sua rota normal, afirmando que verificar em qualquer mapa, real ou virtual, que a rota ideal tomando-se como base a origem e o destino apontados no DANFE, seria transitar na Bahia pela BR 116, com uma quilometragem total de 2.068 km, ao passo que tomando a rota eleita pelo autuado, com esses mesmos parâmetros resultariam numa distancia de 2.274 km.

Assinala que se trata de pessoas exóticas, que alugam pontos comerciais para mantê-los fechados, bem como elegem os caminhos mais distantes (10% do total no caso) para trafegarem. Coisas do livre arbítrio, mas que realmente não são compatíveis com qualquer empresa ou prestador de serviços, como no caso do autuado, em tempos que o lucro mais vem da diminuição de custos do que de qualquer outro fator, buscar-se o caminho mais longo e oneroso, quando se dispõe de rodovias bem conservadas pelo trecho mais curto, sendo injustificável.

Quanto à alegação defensiva de falta da emissão do passe fiscal de mercadorias, consigna que reconhece que este documento realmente não foi emitido, porém não por desídia ou falta de interesse do Fisco, mas simplesmente porque o autuado, não se sabe por que meios e caminhos, evitou todos os posto fiscais do seu percurso, como se pode ver no DANFE anexado à fl. 8, onde não há sequer um único carimbo de postos de fronteira, pois o local previsto para a emissão do passe fiscal é o posto fiscal de fronteira.

Frisa que a partir do momento em que o contribuinte se vale de subterfúgios para não passar ou apresentar a documentação fiscal nesta repartição, e a *posteriori* questiona a sua falta de emissão, incorre em equívoco, ao pensar que o Fisco pode trabalhar por cartomancia.

Afirma que se o autuado, cumprindo com sua obrigação, houvesse parado e submetido a sua carga e documentação à fiscalização de fronteira, quando da liberação do veículo/mercadoria, se cabível, o passe fiscal teria sido emitido.

Ressalta que graças à característica da Fiscalização volante, que é justamente a mobilidade, e só por isso, quase um acaso, pôde o Fisco abordar o veículo e efetuar a fiscalização, uma vez que o autuado não poupou esforços para que isso não viesse a ocorrer, evitando todos os postos de fronteira do percurso.

No tocante à argumentação defensiva de que o Fisco da Bahia não teria poderes para considerar inidôneo o documento fiscal apresentado, uma vez que a Bahia é apenas um Estado de passagem, afirma que se equivoca o autuado, haja vista que o dispositivo inserto no art. 40 § 3º c/c o art. 44, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, apontados no Auto de Infração é bastante claro em sua abordagem, sendo plena a legitimidade ativa do Fisco baiano para a exigência do crédito tributário apontado, bem como não se pode negar que se encaixa à perfeição no caso em tela, apesar da aparente regularidade do documento fiscal, a provada má-fé do destinatário, e o seu desejo de fraudar o Fisco, o torna inidôneo.

Diz que para maior respaldo do quanto argumentado, realizou consulta pública ao sistema SINTEGRA do estado de Sergipe, a empresa ERICA JESUS DOS SANTOS – ME com IE nº 027135657-0, encontra-se atualmente inabilitada (CANCELADA) pelo não atendimento de notificação; não atendimento de outras obrigações acessórias; falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares; falta de emissão de documentos fiscais; falta de recolhimento da antecipação tributária – DAE; e finalmente por INSCRIÇÃO ESTADUAL OBTIDA COM ELEMENTOS COMPROVADAMENTE FALSOS, sendo essas as informações do Fisco sergipano a respeito da empresa destinatária.

Sustenta que desse modo, se verifica que as mercadorias nunca chegaram à empresa destinatária indicada no documento fiscal, uma vez que esta não passava de mera ficção, criada para burlar o Fisco.

No que concerne à suposta ocorrência de *bis in idem*, consigna que diante das informações supra, resta claro que esta jamais poderia ocorrer, uma vez que a empresa destinatária, jamais recolheu ou teve intenção de recolher qualquer tributo.

Assevera que dessa forma, não se trata de presunção, mas de constatação de fatos, calcada nas provas arregimentadas na pesquisa e acostadas ao presente processo.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre a entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Inicialmente, cabe-me apreciar a nulidade arguida pelo impugnante, sob o argumento de ilegitimidade passiva do transportador, pois o Auto de Infração deveria ter sido lavrado contra o responsável, em tese, pelo recolhimento dos encargos, no caso, a empresa destinatária descrita na nota fiscal.

Certamente não pode prosperar a pretensão defensiva de nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva, haja vista que, no presente caso, estando a mercadoria circulando em situação irregular no território da Bahia, aplica-se a regra do art. 39, incisos I e V do RICMS/97, que atribui a responsabilidade aos transportadores ou àquele que detiver a mercadoria em situação irregular. Portanto, correto o lançamento quanto a esse aspecto.

Com relação ao argumento defensivo de que a exigência tributária é ilegítima, pois o Estado da Bahia é apenas o Estado de passagem das mercadorias, inexistindo qualquer irregularidade fiscal, também não há como prosperar tal argumentação, pois, sendo a irregularidade cometida por transportador no território da Bahia, este Estado tem sim legitimidade ativa para exigência do crédito tributário, haja vista que nessa situação não figura apenas como Estado de passagem, mas sim de destino das mercadorias.

Entretanto, vislumbro no lançamento de ofício em exame, um vício que o inquina de nulidade, dada a impossibilidade de ser saneado, conforme passo a explanar.

Apesar de o destinatário indicado na nota fiscal estar localizado no Estado de Sergipe, o local onde foi encontrado o veículo transportador, ou seja, na BA 275, - mesmo representando um aumento de quilometragem entre o roteiro normal e a rota onde foi encontrado o veículo -, não comprova a acusação de que a mercadoria estava sendo entregue em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Em verdade, conforme descrito no Termo de Apreensão e Ocorrências e no Auto de Infração, *“as mercadorias foram interceptadas na BA 275, acompanhadas do DANFE nº 239693 emitida pela CORRECTA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., em São Paulo, tendo como destinatário a empresa ÉRICA JESUS DOS SANTOS ME, no município de Poço Verde - SE, IE nº 027135657-0. Consta ainda que segundo informações do proprietário do imóvel a referida empresa não exerce e nunca exerceu atividades no local, ou seja, a empresa não existe de fato, o que torna o DANFE acima identificado inidôneo, pois caracteriza entrega em local diverso do endereço indicado no documento fiscal.”*

Portanto, a Fiscalização não constatou o ato de “entrega”, mas apenas presumiu que haveria a entrega em local diverso. O veículo se encontrava transitando quando foi interceptado pela Fiscalização, portanto, não restando comprovado que houve a entrega das mercadorias em estabelecimento diverso do indicado no documento fiscal. É certo que a mudança de roteiro não legitima a acusação de entrega de mercadorias em local diverso do indicado no documento fiscal.

Os elementos trazidos pela Fiscalização constantes dos autos indicam que o destinatário das mercadorias constantes do DANFE nº 239693 emitido pela CORRECTA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., em São Paulo, no caso, a empresa ÉRICA JESUS DOS SANTOS ME, no município de Poço Verde - SE, IE nº 027135657-0, efetivamente, se encontrava em situação cadastral irregular.

A declaração acostada a fl. 06, firmada pelo locador do imóvel confirma isso quando diz: *“.... Imóvel encontra-se fechado desde a data da locação ou seja 01/02/2012 data abertura contrato*

(sic)”. Também a cópia de Boletim de Ocorrência (fl. 07), lavrado em data anterior à data da operação, 01/08/2012, onde a senhora ERICA JESUS DOS SANTOS declara que “***nunca teve nenhum comércio, mas certa vez um morador do povoado Barrocão, conhecido como Célio, pediu seus documentos, prometendo uma televisão e que Célio nos dias de hoje reside na cidade de Poço Verde***”, reforça a irregularidade da empresa destinatária.

Desse modo, não resta dúvida que a acusação fiscal jamais poderia ser *entrega de mercadorias em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal*, mas sim transporte de mercadorias acompanhadas de documentação fiscal inidônea, na forma do art. 209 e seus incisos, do RICMS/BA.

É certo que, no presente caso, a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável, haja vista que a imputação diz respeito à entrega de mercadorias em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal, enquanto a matéria fática diz respeito a transporte de mercadorias acompanhadas de documento fiscal inidôneo.

Portanto, a autuação foi feita de modo equivocado e por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, razão pela qual é nulo o lançamento de ofício. Nos termos do 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210741.0804/12-0**, lavrado contra **ADAILTON FERREIRA DE JESUS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR