

A. I. Nº - 232340.0087/13-7
AUTUADO - BRASIL KIRIN LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LUIS COUTO MEULLEM
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 23/04/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0055-05/14

EMENTA: ICMS. ENTREGA DE MERCADORIA A DESTINATÁRIO DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO DO TRANSPORTADOR. Não houve o cometimento da infração apontada - entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal, isto porque, o efetivo local da entrega das mercadorias estava expressamente consignado no documento fiscal, no campo “dados adicionais”. Acusação não caracterizada nos autos. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/12/2013, exige ICMS no valor de R\$ 13.021,63, acrescido da multa de 100%, em virtude de entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal. Consta que a mercadoria foi apreendida sendo descarregada no estabelecimento identificado como Jailson de Jesus Chabi, Inscrição Estadual nº 10.596.270, localizado na Rua Desemb. Lineu Lapa Barreto, 193, Bairro da Boca do Rio. Os documentos fiscais que acobertam o trânsito das mercadorias DANGFS Nºs 181425, 1814326 E 1814327, DESTINAVA AO CONTRIBUINTE COM RAZÃO SOCIAL Ribejo Mercadinho Ltda, inscrição estadual 75.748.247, localizado na rua Hélio Machado n. 198, os referidos documentos foram considerados inidôneos. Termo de Apreensão 23234033.

O autuado apresenta defesa, às fls. 12 a 25 dos autos, afirmando que nenhum dos artigos mencionados pela Fazenda Estadual descreve conduta que possa ser imputada à impugnante. O artigo 6º inciso III alínea “a” da Lei nº 7.014/96 restringe-se às transportadoras. Não é aplicável, portanto, ao remetente.

Afirma, quanto aos artigos 13, inciso I, alínea “b”, item 1 e 17, §3º, da Lei nº 7.014/96 que fazem referência ao local de pagamento do imposto e à base de cálculo aplicável, que não são aplicáveis aos fatos descritos na acusação, relativos à suposta “entrega em local diverso”.

Assegura que o imposto das operações foi pago, efetivamente, através do regime de substituição tributária que determina o recolhimento do ICMS de toda a cadeia de comercialização de cervejas, na saída do estabelecimento fabricante, destinado ao estabelecimento distribuidor. A legislação prevê o não destaque de ICMS nesta hipótese. Veja-se o que determina o artigo 292 do Decreto nº 13.780/12:

Quanto ao Art. 292, o contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterá, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: “*ICMS pago por substituição tributária*” (Ajuste SINIEF 4/93).

E em cumprimento ao dispositivo supra, afirma constar nos documentos fiscais: “*Imposto Retido Antecipadamente p/Substituição Tributária*”.

Afirma que a base de cálculo utilizada nos documentos fiscais também não é contestada. A natureza da operação (CFOP 5405 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído) também não é contestada. O Fisco Estadual também não discorda da descrição das mercadorias, atestando que as mesmas correspondem – fisicamente – à descrição dos produtos contida nos documentos fiscais.

Complementa que, em face da concordância do Fisco, é inegável que a operação envolve a comercialização de cervejas, por estabelecimento distribuidor que, na qualidade de contribuinte substituído, sofreu a incidência do ICMS de toda a cadeia de comercialização em operações internas ao Estado da Bahia, quando da aquisição da cerveja do estabelecimento industrial fabricante.

Na descrição dos fatos, consigna que não há um único argumento do Fisco Estadual que conteste o pagamento do imposto no regime de substituição tributária ou que conteste a base de cálculo do ICMS utilizada na tributação. Por esta razão, entende que não faz sentido capitular a infração nos artigos 13, inciso I, alínea “b”, item 1, e art. 17, §3º, da Lei nº 7.014/96. O artigo 40, §3º, combinado com o artigo 44, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96 fazem referência à inidoneidade do documento fiscal por emissão “*com o intuito comprovado de fraude*”.

Destaca que, no Auto de Infração nº 232340.0087/13-7, não há qualquer prova de fraude por parte do remetente. Não há qualquer elemento que aponte para uma suposta fraude por parte do remetente. A impugnante emitiu documento fiscal. Declarou-o e requereu autorização da Fazenda Estadual para utilizá-lo (mediante autorização de uso do documento fiscal). Informou corretamente o endereço do adquirente, em conformidade com o cadastro do contribuinte na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Fez constar no documento fiscal o endereço efetivo da entrega da mercadoria. Escreveu o documento fiscal no Registro de Saídas, informando-o, devidamente, no arquivo de escrituração fiscal digital – EFD ICMS.

Argui que se o intuito de fraude estivesse presente nestas operações, por que o remetente cumpriria todas as obrigações fiscais decorrentes da operação, declarando-a ao Fisco nos exatos termos exigidos pela legislação?

Assegura que não há fraude ou intuito de fraude por parte da impugnante. Não há qualquer prova, trazida pelo Fisco, que demonstre atos ou condutas da impugnante no sentido de fraudar o Fisco.

Atenta ao fato de que o endereço efetivo da entrega da mercadoria foi informado no documento fiscal, no campo de “informações complementares” e que este endereço coincide exatamente com o endereço apontado no auto de infração, qual seja, Rua Desembargador Lineu Lapa Barreto, nº 193, Bairro da Boca do Rio.

Questiona: que contribuinte, imbuído do intuito de fraudar o Fisco, declararia – antecipadamente à concretização da operação – o local efetivo da entrega da mercadoria?

Alinha que as decisões administrativas recentes sobre esta questão corroboram as alegações da defesa. Veja-se:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

90ª Sessão Ordinária realizada no dia 10 de dezembro de 2013.

RELATOR(A): CONS. Rosany Nunes de Mello Nascimento

Auto de Infração - 2113110207130 ACORDÃO CJFNº 0407-11/13

ICMS. ENTREGA DE MERCADORIA A DESTINATÁRIO DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO DO TRANSPORTADOR. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada, seja pela ilegitimidade do sujeito passivo, seja pela lavratura de 2 termos diversos de ocorrência fiscal. Deixo, no entanto, de declarar a nulidade da presente exação, visto que a exigência é também improcedente, considerando que não houve o cometimento da infração apontada - entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no

documento fiscal, isto porque, o efetivo local da entrega das mercadorias estava expressamente consignado no documento fiscal, no campo “dados adicionais”. Acusação não caracterizada nos autos. Afastadas as preliminares suscitadas. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Neste sentido, a inidoneidade do documento fiscal por comprovação do intuito de fraude, prevista no artigo 44, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, é imputação não aplicável à impugnante, seja pelo fato de que todas as formalidades legais foram cumpridas, seja pelo fato de que a impugnante não omitiu nenhuma informação do Fisco Estadual, agindo com transparência durante todo o processo de emissão do documento fiscal, transporte e entrega da mercadoria, fazendo consignar o efetivo local de entrega das mercadorias no campo de “dados adicionais” do documento fiscal (DOC. 01).

Considera que em face da não comprovação do intuito de fraude, afirma que o documento fiscal deve, por direito, ser considerado idôneo, em especial atentando-se ao fato de que todas as formalidades legais a ele inerentes foram cumpridas e/ou não questionadas pelo Fisco. Não houve qualquer prejuízo ao Fisco, sendo certo que o imposto devido nas operações foi pago, integralmente e antecipadamente, mediante regime de substituição tributária no fabricante.

Pede que, caso não seja aceito os alinhados argumentos, seja considerada a operação na modalidade venda a ordem, conforme art. 340 da Lei nº 7.014/96.

Nesta modalidade de operação, o remetente vende as mercadorias para um estabelecimento (adquirente originário) e entrega, fisicamente, as mercadorias em outro local, a pedido do adquirente originário.

Afirma que, para transporte das mercadorias, deve constar o endereço de entrega efetiva, conforme previsão legal do inciso II alínea “a” do artigo 340, assim descrito:

Art. 340. Nas vendas à ordem, por ocasião da entrega global ou parcelada da mercadoria a terceiro, deverá ser emitida nota fiscal (Conv. S/Nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87):

II - pelo vendedor remetente:

a) em nome do destinatário, para acompanhar o transporte das mercadorias, sem valor das mercadorias e sem destaque do ICMS, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão “Remessa por conta e ordem de terceiro”;

2 - o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal de que trata o inciso I deste artigo, bem como o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do seu emitente.

Assegura que este dispositivo legal sinaliza exatamente a operação pretendida pela impugnante, a qual fez constar nos Documentos Fiscais nºs 1814325, 1814326 e 1814327, no campo de informações complementares, exatamente o local aonde seriam entregues as mercadorias, a pedido do adquirente originário. Aliás, o local consignado no documento fiscal coincide exatamente com o local aonde o Fisco apreendeu as mercadorias objeto do auto de infração.

Considera indevida a cobrança do imposto, visto que o Auto de Infração nº 232340.0087/13-7 contempla a cobrança do ICMS incidente na operação consignada nos Documentos Fiscais nºs 1814325, 1814326 e 1814327. Ocorre que todas as operações sofreram incidência antecipada de ICMS, conforme regime de substituição tributária que atribui ao industrial o dever de calcular, reter e recolher o ICMS de toda a cadeia de comercialização do produto.

Afirma que nos termos do artigo 292 do Decreto nº 13.780/12, as operações internas ao Estado da Bahia devem ser feitas sem destaque de imposto. Que a impugnante agiu nos exatos termos da legislação, emitindo documento fiscal idôneo, com CFOP 5405 e informando a retenção antecipada do ICMS.

No que alude a multa argumenta que foi capitulada nos termos do artigo 42, IV, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96. Este dispositivo legal faz referência à entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal. Ocorre que o destinatário no qual a mercadoria foi entregue não é

diverso do indicado no documento fiscal. Pelo contrário, o endereço de entrega efetiva da mercadoria consta no próprio documento fiscal, no campo de “dados adicionais”. O fato praticado pela impugnante não se reveste das condições necessárias à aplicação da multa nesta modalidade.

Por esta razão, considera inadequada a capitulação da multa, de 100%, nos termos do artigo 42, IV, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96.

Com amparo no princípio da subsidiariedade, na hipótese de entender-se devida multa por erro formal na emissão do documento fiscal (relacionado, por exemplo, à natureza da operação), requer seja reclassificada a penalidade adequando-a à conduta:

Artigo 42

Inciso XXII - R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei,

Ou ainda:

Inciso XIV-A - R\$ 690,00 (seiscentos e noventa reais), aos estabelecimentos comerciais: a) que forem identificados realizando operações sem a emissão da documentação fiscal correspondente.

Alude que, em face necessidade de subsunção dos fatos jurídicos aos dispositivos legais, requer seja recapitulada a conduta nos termos do artigo 42, inciso XXII ou inciso XIV-A da Lei nº 7.014/96.

Requer:

- a) Cancelar-se integralmente o Auto de Infração nº 232340.0087/13-4, em face da idoneidade dos documentos fiscais nº 1814325, 1814326 e 1814327, os quais consignam o local de efetiva entrega as mercadorias e em face da não comprovação, pela Fazenda Estadual, do intuito de fraude previsto no artigo 44, inciso II alínea “f” da Lei nº 7.014/96;*
- b) Cancelar-se, em tese subsidiária, a cobrança do ICMS devido nas operações, posto que o imposto foi recolhido antecipadamente, no regime de substituição tributária, sendo indevido o destaque de ICMS nas operações por força do artigo 292 do Decreto 13.780/12;*
- c) Ainda em tese subsidiária, na hipótese de não cancelamento integral do auto de infração, requer seja recapitulada a penalidade (multa) nos termos do artigo 42, XXII ou XIV-A, reduzindo-a a patamares razoáveis em face da inexistência de prejuízo ao Fisco por descumprimento de obrigação acessória.*

Requer, ainda, que todas as intimações destes autos sejam efetivadas no seu estabelecimento matriz, na Av. Primo Schincariol, nº 2300, sala 16, Itaim, Itu/SP, CEP 13312-250.

Por fim, requer que todas as intimações sejam levadas a efeito também na pessoa de seu advogado Gustavo Almeida e Dias de Souza, inscrito na OAB/SP sob o nº 154.074, com escritório em Sorocaba/SP, na Av. Barão de Tatuí, nº 540, 3º andar, CEP 18030-000, Vergueiro.

O autuante, às fls. 51 a 54 dos afirma que o crédito foi reclamando contra o real transportador que vem a ser o responsável direto pelo cometimento da infração na qualidade de responsável solidário, segundo a Lei nº 7014/96.

A tese do autuado de que o artigo 60 não se aplica ao caso e restringe-se as transportadoras não prospera pois a empresa autuada declara no próprio documento fiscal que destaca em marca texto que o transportar é **“FROTA PRÓPRIA DP SALVADOR”**

Quanto à efetiva entrega da mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal, afirma que a equipe de fiscalização que efetuou a lavratura do Termo de Apreensão, cumprindo com as suas atribuições, ao abordar um veículo transportador verificou que o mesmo estava com destino uma empresa e com desvio de percurso para entregar em um outro estabelecimento e seguiu e foi constatado e descarga e entrega das mercadorias como prova material a favor do fisco, as mercadorias foram depositadas no próprio local da descarga das mercadorias ficando o contribuinte recebedor como fiel depositário.

Destaca que não existe nenhuma acusação de fraude na ação fiscal contra o requerente, portando não há o que se falar no assunto. Esclarece que o devido enquadramento, bem como a criteriosa descrição dos fatos, encontra-se perfeita na peça vestibular do presente PAF, no qual estão indicado- não só os dispositivos regulamentares cabíveis, mas, também, a tipificação prevista. Ao declarar que *“requereu autorização da Fazenda Estadual para utilizá-lo” trata-se de uma falácia pois além de não existir tal documento, ele não teria nenhuma legitimidade.*

O que se constata é que em toda a sua peça defensiva o requerente, só faz confundir ao declarar que o artigo 13 também não é aplicável ao caso. Trata-se de uma combinação de inobservância, para reforçar a tese vamos interpretar novamente o referido artigo, no qual transcreve.

Argui que o autuado interpreta de forma que lhe mais convém, a sua interpretação do caso de decisões do CONSEF de mais lhe convier.

Quanto ao caso da decisão apresentada da Junta de Julgamento é bem clara quanto ao assunto ao justificar de que a ação fiscal houve ***“INEXISTENCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CARACTERIZAR A INFRAÇÃO IMPUTADA.”*** Já no caso da nossa ação fiscal que semelhante foi configurada: **REL. JOSE BIZERRA LIMA IRMAO - Auto de Infração - 1617390019095 - Autuado(a) - TERRAMATA INDUSTRIA E COMERCIO DE ESQUADRIAS LTDA ME - Autuante(s) - CARLOS ANTONIO SANTOS ROCHA - Advogado(s) - Ilio Ricardo Miranda Azevedo - ACORDAO JJF N° 0098-03/10.**

Assegura que as provas materiais colhidas são irrefutáveis, pois acompanharam o veículo transportador da própria empresa (declarado e constante nos documentos fiscais) esperaram a descarga dos produtos no local diverso e efetuaram a apreensão. Entende que a autuada não apresenta nenhuma outra prova ou evidência que ponha por terra as alegações e provas produzidas pelo fisco e, por estes fundamentos, mantém a ação fiscal em sua inteireza, peticionando que este Auto de Infração seja julgado totalmente Procedente.

VOTO

O presente Auto de Infração contempla o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

É importante observar, para o exame da lide, que a infração tem como fundamento a imputação de que o autuado foi flagrado entregando a mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal. Consta que a mercadoria foi apreendida sendo descarregada no estabelecimento identificado como Jailson de Jesus Chabi, inscrição estadual 10.596.270, localizado na Rua Desemb. Lineu Lapa Barreto, 193, Bairro da Boca do Rio. Os documentos fiscais que acobertam o trânsito das mercadorias DANFES N^{os} 181425, 1814326 e 1814327, destinavam ao contribuinte com razão social Ribejo Mercadinho Ltda., Inscrição Estadual n° 75.748.247, localizado na rua Hélio Machado n. 198. Assim, o autuante considerou os referidos documento inidôneos, conforme Termo de Apreensão n° 23234033.

Independente da análise quanto aos aspectos processuais, verifico que o lançamento de ofício não pode prosperar no que tange ao núcleo do mérito que trata da *“entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal”*, pois, conforme alinhado pelo impugnante, tal fato não ocorreu, na medida em que os fatos relatados que ensejou a autuação não coincide com os efetivamente ocorridos.

Em outro dizer, verifico que o endereço efetivo da entrega da mercadoria foi informado nos aludidos documentos fiscais, no campo de “informações complementares”, conforme assegura o impugnante em sua peça defensiva, ou seja, o mesmo endereço indicado pelo autuante como o endereço cuja entrega foi alegadamente diversa do constante do documento final, ou seja, à Rua Desembargador Lineu Lapa Barreto, n° 193, Bairro da Boca do Rio.

Assim, apurado que o endereço que a mercadoria estava sendo entregue é o mesmo que consta no documento fiscal, no campo informações complementares, não tem aparo a acusação de entrada em local diverso do indicado no documento fiscal.

O entendimento, acima alinhado, é compartilhado pela 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO CJF Nº 0407-11/13, em relação à fatos idênticos aos aqui ocorridos, conforme consta de parte do voto proferido pelo relator em decisão unânime pelo não acolhimento do recurso de ofício pertinente à decisão pela improcedência do Auto de Infração, proferida no Acórdão 1ª JJF nº 0241-01/13:

“.... Por outro lado, é de fácil constatação que os documentos fiscais de fls. 12 e 13 – DANF’S nº 6403 e 6404 – consignam no respectivos campos destinados a aposição de Informações Adicionais o endereço de entrega das mercadorias que coincide com o do estabelecimento autuado. Dessa forma, não subsiste a acusação consistente na entrega de mercadoria em local diverso do constante do documento fiscal apontado pelo preposto autuante, pelo que há de se concluir, como bem assinalou a Decisão de piso, pela improcedência do lançamento.

Assim é que ratifico as conclusões externadas pelo voto condutor do acórdão que, em estrita observância ao quanto previsto no parágrafo único do artigo 155 do RPAF deixou de se pronunciar acerca dos vícios que maculam de forma insanável o lançamento de ofício, para julgá-lo Improcedente em razão da inocorrência da conduta infracional apontada como cometida.

Ante ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício mantendo inalterada a Decisão proferida pela 1ª JJF.”

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232340.0087/13-7**, lavrado contra **BRASIL KIRIN LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR