

PROCESSO - A. I. N° 200571.0007/15-0
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS PEIXOTO LTDA. - EPP
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0086-03/16
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/10/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0117-12/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Configurado cerceamento ao direito do recorrente de comprovar o cumprimento do quanto previsto pela legislação Tributária. Acolhida a preliminar de nulidade da Decisão recorrida. Retornem-se os autos à instância a quo para novo julgamento. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em relação a decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/01/2015, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 10.884,92 (dez mil, oitocentos e oitenta e quatro reais e noventa e dois centavos) mais multa de 100%, em decorrência do cometimento da seguinte infração.

Infração 01 – 53.01.04 – Entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

O autuado apresentou defesa administrativa em primeira instância, face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 26 a 34), requerendo que seja julgado nulo o auto de infração e no mérito, julgado improcedente a autuação.

O autuante apresentou informação fiscal diante da defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 47 e 50), firmando posição pela manutenção da autuação.

Após, os autos foram remetidos à apreciação pela 3ª JJF que decidiu converter o processo em diligência à INFRAZ ITABUNA, para que o autuante intimasse o impugnante a apresentar o documento fiscal (conhecimento de transporte) relativo à prestação do serviço de transporte que afirma ter prestado, bem como a comprovação da entrega das mercadorias ao destinatário (com a identificação do recebedor), no endereço constante dos DANFE's.

Assim foi feito, o contribuinte foi novamente intimado, para que pudesse apresentar os documentos ora exigidos no prazo de 10 dias, conforme intimação constante na fl. 65, porém passado o prazo não houve manifestação do deficiente.

A Junta se deu por satisfeita e em 03/05/2016 julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração nº 200571.0007/15-0, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

Trata o presente auto de infração de exigência de ICMS sob a acusação de entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Consta na descrição dos fatos que o contribuinte transportou mercadorias destinadas a contribuinte deste Estado em situação irregular, com local de entrega e estabelecimento inexistentes fisicamente, sem nunca ter existido nas imediações do endereço indicado e com titular desconhecido dos vizinhos do suposto endereço, cometendo, assim, o ilícito fiscal de entrega de mercadoria a contribuinte e em local diverso do indicado no documento fiscal.

Em sede de preliminar, o deficiente suscitou nulidade da autuação por ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que as mercadorias constantes nos Danfes nº 158652, 158653 e 159112 pertencem à empresa Jalles Machado S.A., e que apenas atuou como transportador das mercadorias e aduziu ainda que a responsabilidade por solidariedade prevista na legislação somente pode ser agravada quando emitente do documento fiscal não for estabelecimento cadastrado na SEFAZ.

Ao compulsar os autos, preciamente os elementos informativos e cadastrais do destinatário das mercadorias que constam nos aludidos Danfes, constato que o estabelecimento encontra-se inapto desde 30/12/2014, por não ter sido localizado, de acordo com inciso I do art. 27 do RICMS-BA/12, como consta nos “Dados Cadastrais” do INC-SEFAZ, fl. 07, bem como se verifica na cópia da Ficha de Localização de Contribuintes - FLC, emitida em 18/12/2014 e acostada à fl. 51. Logo, resta patente nos autos a inexistência física, no endereço cadastrado na SEFAZ e constante dos Danfes, do estabelecimento destinatário das mercadorias para onde o autuado informou nos autos que entregara as mercadorias, ora em lide. O autuado sustentou que tem provas de que entregou as mercadorias no endereço do destinatário, no entanto, não carreou aos autos qualquer prova inequívoca da entrega que seria o canhoto dos Danfes com o recibo de entrega assinado pelo destinatário.

Asseverou também o autuado que as referidas provas encontram-se em poder da fiscalização conforme especificados no Termo de Arrecadação de Livros e Documentos e na Intimação para Apresentação de Livros e Documentos. Verifico que tal afirmativa do autuado se constitui de mera alegação, uma vez que não carreou aos autos cópia do Termo de Arrecadação assinado pelo autuante para comprovar a efetiva entrega das mercadorias no endereço do destinatário. Já a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, acostadas aos autos pelo autuante, fl. 08, somente faz prova de que foram solicitadas pela fiscalização as aludidas comprovações, e não que foram entregues.

Assim, ante a inaptidão do destinatário no CAD-ICMS/BA, pela inexistência física do estabelecimento no endereço cadastrado, concomitantemente, com a falta de comprovação inequívoca pelo autuado transportador da entrega das mercadorias no endereço do destinatário, resta evidenciado a inidoneidade dos Danfes, objeto da autuação, por não se referir a efetiva operação neles constantes, ao teor da alínea “e”, do inciso II, do art. 44, da Lei 7.014/96.

Nestes termos, fica patente a responsabilidade solidária do impugnante nos termos expressos nas alíneas “a” e “d” do inciso III, do art. 6º, da Lei 7.014/96, não havendo, portanto, que se falar em ilegitimidade passiva.

Pelo expêndido, não deve prosperar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante.

Do mesmo modo, a preliminar de nulidade articulada pelo defensor, por cerceamento de defesa pelo fato de o fisco não ter apresentado prova de que as mercadorias não foram entregues ao destinatário, também não deve prosperar, haja vista, que foi dada a condição ao autuado para comprovar o não cometimento da acusação fiscal, que se fundamentou na inaptidão no CAD-ICMS/BA e na inexistência física no endereço cadastrado do estabelecimento destinatário. Entretanto, mesmo dispondo dos meios de provas o sujeito passivo não logrou êxito em comprovar nos autos, inequivocamente, que entregou as mercadorias no endereço do destinatário.

Por tudo quanto exposto, entendo superadas as questões de ordem preliminar e passo a cuidar do mérito da autuação.

O autuado, na condição de transportador, foi acusado de entregar mercadorias em local distinto do constante como destinatário dos Danfes nº 158652, 158653 e 159112, com base na constatação de que preposto do Fisco em visita ao local do endereço registrado no CAD-SEFAZ do estabelecimento destinatário verificou a inexistência do estabelecimento, conforme consignando na Ficha de Localização de Contribuinte, fl. 51.

Nas razões defensivas, o impugnante alegou, tão-somente, que a comprovação de que entregara as mercadorias constantes aludidos Danfes no endereço do destinatário encontrava-se com o autuante, mencionando a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos. Ao contrário do que afirma o defensor o referido termo de intimação colacionado à fl. 08, comprova apenas que foi solicitada a referida comprovação à gerente do autuado, Cintia dos Santos Pereira, e não que fora entregue qualquer documentação pelo autuado à fiscalização, eis que, não consta dos autos qualquer termo de arrecadação.

Na busca da verdade material, com o propósito de evitar dúvida no que concerne ao cometimento pelo autuado do ato infracional veiculado na acusação fiscal e eliminar qualquer óbice ao exercício da sua ampla defesa, esta 3ª JJF, fl. 61, converteu os autos em diligência à inspetoria da circunscrição fazendária do autuado, para que mediante intimação ele pudesse apresentar a comprovação de sua alegação, ou seja, de que entregara as mercadorias no endereço do destinatário constante dos Danfes, objeto da autuação. Entretanto, devidamente intimado, fl. 65, transcorreu o prazo regulamentar e o impugnante não se manifestou.

Da análise dos elementos que compõem os autos, ante a não comprovação inequívoca da efetiva entrega das mercadorias ao destinatário constante dos Danfes, objeto da autuação, cujo estabelecimento inexistente fisicamente no endereço, conforme demonstrado pelos “Dados Cadastrais” do INC-SEFAZ, fl. 07 e da “Ficha de Localização de Contribuintes, fl. 51, constato restar patente o cometimento pelo autuado da acusação que lhe fora imputada no presente Auto de Infração. Eis que, na condição de transportador, ao entregar as mercadorias em local diverso do indicado nos documentos fiscais, incorreu, portanto, na responsabilização solidária estatuída expressamente na alínea “a” do inciso III, da Lei 7.014/96.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 82 a 92 dos autos, repetindo as alegações apresentadas em sua impugnação, nos seguintes termos, resumidamente.

Inicialmente alega preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva, uma vez que as mercadorias

pertencem à empresa Jalles Machado S.A (remetente das mercadorias). Alega que como transportadora apenas se constituiu em atividade meio (transporte) para efetivação de um negócio de terceiros, entregando a mercadoria em seu destino correto, especificado na nota fiscal. Aduz que a responsabilidade solidária determinada em regulamento só pode ser aventureira quando o emitente do documento fiscal não for estabelecimento cadastrado na Sefaz, o que no presente não se aplica.

Além do pedido de nulidade por ilegitimidade de parte, suscita também a nulidade pelo cerceamento do direito de defesa, haja vista que o fisco não anexou aos autos provas de que as mercadorias foram entregues em estabelecimento inexistente, informando com base em suposição de que o estabelecimento destinatário “Waldomiro de Oliveira Santana” não existe.

Assevera que essas provas “comprovantes das efetivas entregas” estão em poder da autuada e curiosamente não se encontram nos Autos do processo administrativo, conforme especificado no “Termo de Arrecadação de Livros e Documentos” e “Intimação para Apresentação de Livros e Documentos”.

Afirma que a inobservância da exigência prevista no art. 41 do RPAF-BA/99 eivou de vício insanável o Auto de Infração, pois a não apresentação dos documentos que levaram a imposição dos fatos prejudica o exercício pleno de seu direito de defesa, pois como já expandido, os documentos que comprovam a entrega da mercadoria encontram-se em poder do fisco, o qual deveria estar nos autos.

Faz críticas a informação fiscal prestada pelo autuado, quando o mesmo afirma “ter cotejado as assinaturas apostas nos referidos documentos, como sendo do Sr. Waldomiro, com as assinaturas constantes dos documentos de cadastro do mesmo junto à Sefaz, ficou patente a divergência entre elas, não merecendo credibilidade os recibos apresentados pelo autuado”.

Assevera que não pode o Fisco simplesmente “verificar” que as supostas assinaturas são divergentes e desconsiderar os documentos, devendo assim, produzir provas necessárias para comprovar que a assinatura realmente não é do Sr. Waldomiro.

Pede a realização de prova pericial grafotécnica para comprovação da assinatura.

Caso contrário ficará caracterizado agressão ao direito do contribuinte à ampla defesa, pois tal documento é de extrema importância para comprovação da entrega das mercadorias ao destinatário constante nas notas fiscais.

Alega por fim que no presente caso não houve flarante, pois não houve a lavratura do termo de apreensão de mercadoria.

No mérito o defensor não trouxe prova nova diferente ao já apresentado em sede de primeira instância.

Em resumo, invoca que caberia ao fisco provar nos autos que o endereço da entrega das mercadorias não existe, e não simplesmente informar que o estabelecimento não existe, pois em consulta o CNPJ da empresa “Waldomiro de Oliveira Santana – ME” no site da Receita Federal do Brasil, a mesma está ativa e o endereço é o mesmo da nota fiscal, o que corrobora com a documentação que se encontra em posse do fisco, (como afirma o próprio autuante).

Afirma inexistir provas nos autos pelo fisco de que os fiscais foram até ao local verificar se existe ou não o endereço da entrega das mercadorias. Prossegue declarando restar comprovado que cumpriu com sua responsabilidade, qual seja, fazer o transporte das mercadorias ao destinatário especificado nas notas fiscais. Arremata sustentando que nos termos expandidos o Auto de Infração deve ser julgado nulo ou improcedente, pois restou comprovado que as mercadorias foram entregues no local especificado na nota fiscal, inexistindo no processo qualquer prova de que foram entregues em local diverso e, muito menos, que são inidôneas as notas fiscais.

A Conselheira Alexandrina Natália Bispo dos Santos se declarou impedida de participar deste julgamento.

VOTO

O contribuinte autuado tem cadastrado no rol de suas atividades secundárias o transporte rodoviário de carga, intermunicipal, interestadual e internacional, exceto produtos perigosos e mudança.

Consta na descrição dos fatos deste Auto de Infração que o ora recorrente transportou mercadorias destinadas a contribuinte deste Estado em situação irregular, com local de entrega e estabelecimento inexistentes fisicamente, sem nunca ter existido nas imediações do endereço indicado e com titular desconhecido dos vizinhos do suposto endereço, cometendo, assim, o ilícito fiscal de entrega de mercadoria a contribuinte e em local diverso do indicado no documento fiscal.

Isso tudo se iniciou após checagem pelo autuante, via sistema interno, de um volume considerável de vendas de “açúcar cristal” em fardos (que totalizaram em um intervalo de pouco mais de 6 meses um total superior à 2 milhões de reais), realizado pela empresa Jalles Machado S.A., localizada no estado de Goiás, com destino à empresa Waldomiro de Oliveira Santana, estabelecimento este situado na Bahia, sem a correspondente entrada de arrecadação de ICMS sobre as operações ali descritas, conforme podemos verificar pelo relatório anexo nas fls. 13 a 19. Isto por que o açúcar cristal estava enquadrado como mercadoria sujeita a substituição tributária vigente à época da Infração, conforme estabelecia o anexo I do RICMS/Ba, sendo devido o imposto no momento da entrada da mercadoria no estabelecimento do adquirente, conforme determina o § 4º do Art. 8º da Lei nº 7.014/96.

O autuante destaca em sua informação fiscal que diante da suspeita foi designado para verificação da empresa Waldomiro de Oliveira Santana (destinatária das mercadorias) in loco, onde ficou constatado que ela nunca existiu no endereço mencionado, tampouco não se tinha notícias de já haver existido, senão nos cadastros fazendários. Feita essa constatação foi lavrado a Ficha de Localização do Contribuinte, em 18/12/2014, culminando com a inaptidão da Inscrição Estadual, ocorrida em 30/12/2014.

Os 3 (três) DANFE's objetos desta autuação totalizam o valor de R\$63.432,00 e estão colecionados às fls. 10 a 12 dos Autos. No campo específico do transportador de cada um desses documentos fiscais, constam os dados do motorista que conduzia o veículo, como o nome, CPF e endereço, porém através da placa destacada, foi checado pelo cadastro do veículo retirado do próprio site da SEFAZ (fl. 9), que tinha como proprietário o ora requerente.

Desta forma chegou-se na transportadora, requerente desta lide, o intimando (conforme intimação da pg. 8) para em um prazo de 48h apresentar os conhecimentos de transportes bem como dos comprovantes da efetiva entrega das mercadorias descritas nos DANFE's 158652, 158653 e 159112 (fls. 10 a 12).

Passado o prazo estabelecido, foi gerado o termo de ocorrência fiscal (fls. 5 e 6), pela IFMT da Região Sul, no dia 22/01/2015, que culminou com o Auto de Infração em epígrafe, lavrado no mesmo dia.

O autuante enquadrou o transportador das mercadorias como responsável solidário, conforme previsto no Art. 6º, III, “a” da Lei nº 7.014/96 abaixo reproduzido:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

III - os transportadores em relação às mercadorias:

a) que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação;

Em fase preliminar o autuado afirma que o presente processo administrativo fiscal encontra-se eivado de vício que lhe acarreta a invalidade, pelas razões expostas.

Alega dentre outros pontos, o cerceamento do direito de defesa. Informa que o documento probatório de que entregou as mercadorias no endereço do destinatário, são os canhotos dos DANFEs, com o recibo de entrega assinado pelo destinatário. Todavia, afirma o autuado que as referidas provas encontram-se em poder da fiscalização conforme especificados no Termo de Arrecadação de Livros e Documentos presentes aos Autos na fl. 43.

Sobre esse aspecto, o Auditor em sua informação Fiscal, fl. 50, diz:

“Menciona a autuada haver apresentado os recibos dos DANFE’s ao autuante, porém ao se cotejar as assinaturas apostas nos referidos documentos, como sendo do Sr. Waldomir, com as assinaturas constantes dos documentos de cadastro do mesmo junto à SEFAZ, ficou patente a divergência entre elas, não merecendo credibilidade os recibos apresentados pela autuada”.

Pela leitura da Informação Fiscal prestada, resta claro que o autuante estava de posse dos comprovantes, que seriam os canhotos das notas fiscais que seriam a possível prova do autuado, transportador das mercadorias, do recebimento das mercadorias pelo destinatário, porém por conta própria o mesmo não trouxe essas provas aos Autos.

A 3^a Junta de Julgamento Fiscal entendendo que o Processo não se encontrava em condições de ser instruído, decidiu converter o processo em diligência (fl. 61), para que o autuante intimasse o contribuinte a apresentar os conhecimentos de transportes relativos à prestação do serviço de transporte que afirma ter prestado bem como os comprovantes da entrega das mercadorias ao destinatário.

Passado o prazo regulamentar, com a não manifestação do contribuinte, a 3^a Junta de Julgamento Fiscal votou com decisão unânime pela procedência do Auto de Infração, tratando da situação específica dos “canhotos das notas fiscais” da seguinte forma:

“....O autuado sustentou que tem provas de que entregou as mercadorias no endereço do destinatário, no entanto, não carreou aos autos qualquer prova inequívoca da entrega que seria o canhoto dos Danfes com o recibo de entrega assinado pelo destinatário. Asseverou também o autuado que as referidas provas encontram-se em poder da fiscalização conforme especificados no Termo de Arrecadação de Livros e Documentos e na Intimação para Apresentação de Livros e Documentos. Verifico que tal afirmativa do autuado se constitui de mera alegação, uma vez que não carreou aos autos cópia do Termo de Arrecadação assinado pelo autuante para comprovar a efetiva entrega das mercadorias no endereço do destinatário. Já a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, acostadas aos autos pelo autuante, fl. 08, somente faz prova de que foram solicitadas pela fiscalização as aludidas comprovações, e não que foram entregues.”

Acontece que os comprovantes de recebimento das mercadorias pelo destinatário (canhotos dos DANFE’s) foram entregues pelo autuado ao autuante, conforme disposto no termo de arrecadação de livros e documentos (fl. 43), coletados no 19/01/2015, com o detalhamento no campo de observações pelo próprio autuante: *“os documentos recebidos encontram-se assinados supostamente por Waldomiro de Oliveira Santana, titular de firma individual”*, ou seja, 3 dias antes da lavratura do Auto de Infração.

Nestes termos e diante das circunstâncias, por entender que o recorrente teve cerceado o seu direito de provar, perante este Conselho, que cumpriu o determinado pela legislação estadual, voto no sentido de PROVER o Recurso Voluntário para decretar a nulidade da Decisão recorrida, fazendo retornar o presente PAF à instância *a quo* para que seja proferido novo julgamento a salvo da falha verificada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **200571.0007/15-0**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS PEIXOTO LTDA. – EPP**, devendo os autos retornar à 1^a Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS