

**A. I. Nº** - 200571.0007/15-0  
**AUTUADO** - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS PEIXOTO LTDA - EPP  
**AUTUANTE** - DIMAS ALVES MARINHO  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 24/05/2016

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACORDÃO JJF Nº 0086-03/16**

**EMENTA:** ICMS. ENTREGA DE MERCADORIA EM LOCAL DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária estadual atribui a responsabilidade pelo pagamento do imposto aos transportadores que derem trânsito a mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal exigível. A argumentação do autuado não consegue elidir a acusação fiscal. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 22/01/2015, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$10.884,92 e multa de 100%, em razão da entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal - Infração **53.01.04**. Descrição dos Fatos: “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, sujeitando-se a responsabilidade solidária pelo pagamento do tributo nos termos do artigo 6º, inciso III, alínea “a”, da Lei 7.014/96”.

Consta dos autos: Demonstrativo de Apuração de Substituição Tributária”, fl. 04, Termo de Ocorrência nº 200571.0002/15-9, fls. 05 e 06, Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, fl. 08, Cadastro de Veículo, fl. 09, cópias dos DANFES nº 158652, 158653 e 159112, fls. 10 a 12.

O impugnante, apresenta defesa, fls. 26 a 34, depois de observar a tempestividade, e reproduzir o teor da acusação fiscal articula as ponderações a seguir enunciadas.

Inicialmente alega preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva, uma vez que as mercadorias pertencem à empresa Jalles Machado S.A.

Assevera que como transportadora exerceu apenas a atividade de meio de transporte para efetivação de um negócio de terceiros. Destaca que a responsabilidade por solidariedade determinada em regulamento só pode ser aventada quando o emitente do documento fiscal não for estabelecimento cadastrado na SEFAZ o que, no presente caso, não se aplica.

Frisa que o CTN distingue contribuinte que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua fato gerador, e responsável, cuja obrigação decorre de disposição expressa em lei, art. 121. Diz que a lei confere a possibilidade de atribuir a terceiro vinculado ao fato gerador respectivo, responsabilidade pelo crédito tributário, excluindo, ou não a responsabilidade pelo crédito tributário, art. 128.

Destaca que o CTN não atribui ao transportador responsabilidade por pagamento de tributo nem confere tal possibilidade à lei. Observa que o transportador não está vinculado ao fato gerador na

hipótese de operação de circulação de mercadorias que vincula exclusivamente quem possui e quem adquire as mesmas.

Diz que a Lei Complementar 87/96 confere a lei a possibilidade de atribuir ao transportador responsabilidade de pagamento de ICMS, salvo no caso do mesmo praticar atos ou ficar omissos, e daí decorrer falta de recolhimento de imposto estadual. Arremata registrando que a acusação fiscal não pode lhe ser imputada, pois não praticou ato ou omissões que contribuíram ao não pagamento do tributo, pois, tão-somente, fez o transporte da mercadoria, entregando em seu destino correto, especificado em nota fiscal, sendo que os comprovantes de efetivas entregas estão em seu poder, conforme afirma em seu termo de autuação e, curiosamente, não se encontram nos autos.

Sustenta não haver provas de que o local onde foi entregue é inexistente, pois possui provas que entregou ao destinatário especificado na nota fiscal, cabendo assim ao fisco fazer prova de tal inexistência, o que não ocorrera. Frisa não bastar simplesmente alegar, é necessário comprovar.

Alega que o Auto de Infração é nulo por cerceamento 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 de “Waldomiro de Oliveira Santana” não existe. Depois de citar o art. 41 do RPAF-BA/99 e o art. 149 do CTN, continua aduzindo que ao contrário do quanto “suposto” pelo autuante, afirma possuir provas de que a mercadoria foi entregue ao destinatário especificado na nota fiscal, no entanto, esclarece que tais documentos encontram-se em poder do autuante, conforme especificado no “Termo de Arrecadação de Livros e Documentos” e “Intimação para Apresentação de Livros e Documentos”, que comprovam a entrega das mercadorias, documentos esses (comprovantes de entrega de mercadorias constantes nos DANFES 158652, 158653 e 159112).

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 está nos autos.

Declara que o autuante não respeitou os preceitos procedimentais inerentes a sua atividade, não anexando aos autos as provas que levaram ao seu convencimento, ou seja, as formalidades necessárias à validade da autuação, o que autoriza a decretação da nulidade da autuação, uma vez que acarretou cerceamento ao seu amplo direito de defesa em virtude de não ter provado o cometimento da infração. Para corroborar seu entendimento traz a colação ementas de julgados do STJ e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Arremata pugnando pelo acolhimento da preliminar argüida para que seja declarado nulo o Auto de Infração.

Ao cuidar do mérito da autuação afirma que não houve uma subsunção fática entre a autuação e a natureza jurídica das operações praticadas.

Depois mencionar o art. 39 do RICMS-BA/97 e a alínea “d” do inciso III, do art. 6º da Lei 7.014/96, afirma que qualquer prestador de serviço de transportes, na qualidade de responsável, poderá vir a responder pelo pagamento do imposto cuja hipótese de incidência seja promover a circulação de mercadoria desacompanhada de documento fiscal ou sendo inidôneo, o que não ocorrera no presente caso.

Afirma que no próprio “Termo de Arrecadação de Livros e Documentos” o autuante faz observação que “os documentos foram recebidos do contribuinte e assinado supostamente por Waldemiro de Oliveira Santana - ME.

Observa 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 ao CNPJ

da empresa Waldomiro de Oliveira Santana - ME no sitio 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 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 expendidos 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.

Conclui reiterando seus pedidos de nulidade por ilegitimidade passiva e por cerceamento do seu direito de defesa, e caso sejam ultrapassadas as preliminares, pugna pela improcedência do Auto de Infração por ter sido lavrado em total discordância com a lei do ICMS.

O autuante presta informação fiscal, fls. 47 a 50, depois de reproduzir a descrição dos fatos que motivaram a autuação e resumir as alegações da defesa, alinha as seguintes ponderações.

Inicialmente esclarece que identificou pelo sistema, um volume considerável de compras efetuadas pela empresa Waldemiro de Oliveira Santana, inscrição estadual nº 116.307.651, como se observa do relatório de fls. 13 a 19, sem a correspondente entrada de valores de arrecadação sobre as operações ali descritas.

Observa que designada fiscalização *in loco* para verificação da empresa, ficou constatado que ela nunca existiu no endereço mencionado, tampouco não se sabe notícias de já haver existido senão nos cadastros fazendários. Feita a constatação, fora lavrado o Ficha de Localização de Contribuinte - FLC em 18/12/2014, fl. 51, culminando com a inaptidão da inscrição estadual.

Explica que comprovada a inexistência da empresa destinatária, resta ao fisco, responsabilizar o transportador pelo imposto devido, no presente caso a autuada, já que as mercadorias evidentemente não foram entregues a quem se destinavam.

Assevera, diante de tais elementos, não restar dúvidas de que a operações descritas nos documentos fiscais de fato nunca existiram, tratando-se de um verdadeiro ardil para iludir o fisco baiano, sendo as informações ali constantes, divergentes com a realidade fática. Prossegue assinalando que, por não se referir a uma efetiva operação, não passando de mero instrumento para tentar ludibriar o fisco com informações dolosamente inexatas, é que o documento fiscal, é de pleno direito um documento inidôneo consoante o que dispõe o art. 44 da Lei 7.014/96, cujo teor reproduz.

Depois de transcrever os §§ 1º, 2º e 3º do art. 40 da Lei 7.014/96, destaca que constatada a inidoneidade do documento fiscal, surge imediatamente a responsabilidade do transportador ao teor do que dispõe o art. 6º, inciso III, da Lei 7.014/96 que dispõe:

*“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;*
- b) procedentes de outra Unidade da Federação sem destinatário certo ou para estabelecimento desabilitado no cadastro;*
- c) que forem negociadas no território baiano durante o transporte;*
- d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;*
- e) que entregarem ao destinatário sem a comprovação do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, quando assumirem a condição de fiel depositário;”*

Declara que a propriedade do veículo que transportava a mercadoria está plenamente configurada pelo documento acostado às fls. 09. Desse modo, revela que, com acerto, foi a defendente eleita para figurar no pólo passivo da presente demanda, como responsável solidária, por expressa determinação da legislação vigente.

Menciona a autuada haver apresentado os recibos dos DANFES ao autuante, porem, ao se cotejar 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 pela autuada.

Observa também, que os DANFES acostados aos autos, foram emitidos após a lavratura do FLC, desmerecendo assim, qualquer afirmativa de que as mercadorias foram entregues no destino indicado nos documentos fiscais, já que o suposto estabelecimento jamais funcionou no local.

Arremata assegurando que a acusação fiscal está plenamente configurada, cumprindo todas as exigências formais e materiais para a constituição do credito exigido, estando os fatos articulados na peça inicial perfeitamente comprovados pelo arcabouço probatório que a acompanha, não deixando dúvidas sobre a infração cometida e o responsável tributário pelas regas das normas estaduais.

Conclui pugnando pela procedência do auto de infração.

Em Pauta Suplementar esta 3ª JJF decidiu converter os autos em diligência, fl. 61, 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 em sua defesa, bem como a comprovação da entrega ao destinatário (com a identificação do recebedor) das mercadorias no endereço constante dos DANFES arrolados nos autos.

Intimado devidamente para o atendimento do quanto solicitado na diligência, fl. 65, o impugnante não se manifestou no prazo regulamentar.

#### **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 defendente 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 aventada quando emitente do documento fiscal não for estabelecimento cadastrado na SEFAZ.

Ao compulsar os autos, precipuamente 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 carreu 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 carrou 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 expendido, não deve prosperar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante.

Do mesmo modo, a preliminar de nulidade articulada pelo defendente, 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 defendente 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 JF, 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 inexistia 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.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **200571.0007/15-0** lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS PEIXOTO LTDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.884,92**, acrescido da multa de 100% prevista na Lei 7.014/96, art. 42, inciso IV, alínea “c”, além dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA