

A. I. Nº - 200571.0007/15-0
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS PEIXOTO LTDA - EPP
AUTUANTE - DIMAS ALVES MARINHO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/12/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0263-03/16

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 ou documentação inidônea exigível. Entretanto, na situação fática, existe contradição entre o teor da infração e a “Descrição dos Fatos”. Com isto, o fulcro da autuação indicado pelo autuante se tornou incerto, gerando insegurança jurídica, cerceando o direito de defesa do autuado. Aplicação da norma disposta pelo art. 18 do RPAF-BA/99. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/01/2015, 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**.

Consta na 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 art. 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 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 expendido 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 Waldemiro de Oliveira Santana - ME no sítio 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 inaptdão 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 as 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 reproduz.

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, porém, ao se cotejar as assinaturas apostas nos referidos documentos, como sendo do Sr. Waldemiro, 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 crédito 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 regras das normas estaduais.

Conclui pugnando pela procedência do auto de infração.

Em Pauta Suplementar esta 3ª JF 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.

Através do Acórdão CJF Nº 0117-12/16, a 2ª CJF deu provimento ao Recurso Voluntário impetrado pelo sujeito passivo contra a decisão de piso desta 3ª JF pela procedência do presente Auto de Infração no Acórdão JF Nº 0086-03/16. A decisão exarada pela 2ª JF decretou 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, por considerar que o recorrente teve cerceado o seu direito de provar, perante este Conselho, que cumpriu o determinado pela legislação estadual, uma vez que os comprovantes de recebimento das mercadorias pelo destinatário (canhotos dos DANFES) foram entregues pelo autuado ao autuante, conforme disposto no termo de arrecadação de livros e documentos, fl. 43.

VOTO

O presente Auto de Infração cuida de exigência de ICMS do transportador das mercadorias constantes dos Danfes de nº 158652, 158653 e 159112, fls. 10 a 12, na condição de responsável tributário, 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 autuado, 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.

Antes de examinar e adotar as providências determinadas pela decisão da 2ª CJF, que fez retornar os autos a esta 3ª JF para novo julgamento, reexaminando as peças que compõem o PAF constato a existência de vícios procedimentais que afetam e maculam a legalidade do lançamento, não admitindo temporização.

É indubitosa a imprescindível regência dos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal em todas as fases do processo administrativo.

Convém ressaltar que, sendo o lançamento de crédito tributário um ato vinculado, deve a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

Ao compulsar os autos emerge claramente a incongruência entre o teor da acusação fiscal, “Entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal” e o constante na “Descrição dos Fatos” onde é declarado que o autuado transportou mercadorias destinadas a contribuinte deste Estado em situação irregular, com local de entrega e estabelecimento inexistentes fisicamente. Tendo o próprio autuante, em sede informação fiscal, confirmado que o sujeito passivo transportara mercadorias destinadas a contribuinte em situação irregular, ou seja, estabelecimento inexistente.

Assim, resta patente que o fulcro da autuação não corresponde ao indicado na infração. Acusação fiscal correta seria a falta de antecipação tributária, antes da entrada no território deste Estado de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação pelo autuado, na condição de responsável solidário, consoante previsão da alínea “b” do inciso III, do art. 6º, da Lei 7.014/96, por transportar mercadorias destinadas a contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, sem o pagamento, ao teor da alínea “d”, do inciso III, do art. 332, do RICMS-BA/12.

Nestes termos, fica evidenciado o cerceamento de defesa, em face da dificuldade, que emerge desse óbice para que o sujeito passivo se defenda plenamente nos autos de acusação dúbia.

O aspecto, ora suscitado de ofício, diz respeito à inobservância do devido procedimento fiscal e ao cerceamento de defesa, pois se afigura como dever inerente à atribuição de julgador administrativo, atentar para a observância da estrita legalidade do lançamento tributário. Por ser, em sua essência, um ato administrativo vinculado, o lançamento tributário é regrado por lei, de modo que deve ser executada com amparo no estrito comando legal, não dando margem a discricionariedade por parte da autoridade fiscal lançadora.

Por não se tratar de mera incorreção ou omissão e de não-observância de simples exigências formais contidas na legislação, já que envolve o fulcro da autuação, ou seja, o cerne da acusação fiscal, descabe, no presente caso, a solução preconizada pelo §1º do art. 18 do RPAF-BA/99.

Dessa forma, ante a análise expendida, a inobservância do devido procedimento legal revela insegurança jurídica quanto à acusação imputada ao autuado, cerceando seu direito de defesa, fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, conforme art. 18, incisos II e IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **200571.0007/15-0**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS PEIXOTO LTDA - EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA