

**A. I. Nº** - 233063.1063/16-3  
**AUTUADO** - M. K. M. COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - GILVAN BASTOS CARDOSO  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 06/04/2018

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0023-03/18**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. DANFE. MERCADORIAS EM TRÂNSITO PELA BAHIA COM DESTINO A PICOS/PIAUÍ COM DESTINATÁRIO INEXISTENTE NO ENDEREÇO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que contiver declaração inexata. No caso presente, além da transportadora desenvolver um roteiro diverso para o estabelecimento destinatário das mercadorias (cidade de Picos/PI) o Autuado não logrou comprovar a existência da empresa registrada nos DANFs apresentados à Fiscalização. Rejeitada a preliminar de nulidade. Exigência subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 15/07/2016, exige crédito tributário no valor de R\$85.275,08, acrescido da 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 da descrição dos fatos que apesar de endereço diverso, a entrega das mercadorias seria no Estado da Bahia, uma vez que o destinatário constante dos DANFES (estabelecido no Estado do Piauí), não exerce suas atividades no local. Termo de Ocorrência 233063.1005/16-3 fls. 4/5. DANFS 29776, 29775, 1483545 fls. 7/9.

O autuado ingressa com defesa tempestiva fls. 24/34. Diz apresentar impugnação administrativa ao feito, através do seu advogado constituído mediante instrumento procuratório em anexo, com endereço profissional impresso na peça defensiva, onde receberá intimações, em função das seguintes razões de fato e de direito a seguir delineadas. Afirma ser empresa que se dedica à exploração do comércio no ramo de gêneros alimentícios e mercadorias em geral, dentre outros ramos afins.

Aduz que por ocasião de transporte de mercadorias para a cidade de Picos/PI, foi autuado, com base em presunção de entrega de mercadorias no Estado da Bahia, em virtude do destinatário supostamente não exercer suas atividades no local.

Argui nulidade do auto de infração, visto que o mesmo não especifica ao autuado, quais os fatos ou motivos que ensejaram a presunção. Frisa que houve cerceamento do seu direito de defesa, decorrente do desconhecimento sobre os fatos ou motivos que ensejaram a presunção de entrega de mercadorias no Estado da Bahia.

Afirma que o lançamento fiscal se encontra eivado de nulidade, visto que a intimação do referido instrumento foi efetivada à pessoa não representante legal da empresa, descumprindo princípios constitucionais e também do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, tornando nula a intimação efetivada à pessoa estranha ao quadro social, e sem poderes para representação legal da impugnante perante este Órgão fiscal. Assim, afirma que o auto de infração se encontra maculado, por descumprimento dos requisitos legais para sua formalização.

Por outro lado, diz que o Fisco concluiu que a documentação apresentada para comprovar a regularidade das notas fiscais e documentos auxiliares de notas eletrônicas não eram suficientes

para amparar a operação, sem, contudo, fundamentar a sua conclusão com a legislação aplicável. Acrescenta que o auto de infração sequer atende à exigência constitucional de motivação das decisões administrativas e judiciais, eis que não demonstra com argumentos e justificativas o porquê da inidoneidade dos documentos apresentados pelo contribuinte.

Comenta que não foi apresentada nenhuma justificativa, qualitativa ou quantitativa, para o percentual adotado no arbitramento do valor do tributo, o que afronta o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Argumenta também, que o Fisco não apresenta elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração cometida, portanto o auto de infração deve ser julgado improcedente.

Afirma que as mercadorias indicadas nas notas fiscais foram devidamente entregues a Carlos Alberto Lima de Moraes – ME, inscrita no CNPJ nº 13.900.873/0001-00, no endereço Rua São Vicente, nº 194, Bomba, Picos, Piauí, conforme documento que anexa. Frisa que não se pode falar em presunção de entrega das mercadorias no Estado da Bahia, nem mesmo em entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Observa que não existe autorização na Legislação Tributária do Estado da Bahia para autuação com base na presunção de que a mercadoria será entregue em local diverso ao consignado no documento fiscal. O que há é a autorização de autuar o contribuinte, quando constatado, *in loco*, que o local do descarrego não confere com o consignado na nota fiscal que está acobertando a operação. Por outro lado, aduz que para se caracterizar desvio de destino, tem que haver o flagrante fiscal, pois a referida acusação se refere à matéria de fato, não suportando presunções. Sobre a matéria reproduz jurisprudência administrativa.

Apresenta entendimento de que poderiam os autores do feito fiscal ter diligenciado o veículo transportador até o local de descarrego, baseando-se para isso, na informação contida no corpo da referida nota fiscal, para que em flagrante fiscal, autuassem o contribuinte infrator. Por outro lado, se acaso estivessem impossibilitados de proceder a tal diligência, teriam a obrigação funcional de informar ao seu chefe imediato, para que este providenciasse a designação de outros servidores para tal operação.

Ressalta que a presunção de que ocorreu incorporação ao ativo da empresa, as mercadorias autuadas, não autoriza a consideração de base de cálculo arbitrada sem a mínima razoabilidade, em valores exorbitantes. O Auto de infração também é nulo porque indica que a suposta omissão foi constatada por presunção.

Comenta que no presente caso, presume-se a boa-fé do contribuinte, pois na ocasião das operações de compras inexistia declaração de inidoneidade fiscal. Transcreve jurisprudência de Tribunais Superiores sobre o tema.

Destaca que não existe regulamentação legal para apuração de fato gerador e crédito tributário por presunção de entrega de mercadorias no Estado da Bahia, o que também gera nulidade do lançamento, ora fustigado. Em verdade, diz que não há prova do fato invocado pelo Fisco para a autuação, sendo ilegal a presunção da sua ocorrência, por se tratar de matéria de fato atinente à má-fé do contribuinte, que deveria ter sido provada pelo Fisco. Salienta que o Estado deve anular seu próprio ato quando julgado defeituoso. Cita o art. 145 do CTN.

Observa que os dias fixados como data da ocorrência do fato gerador e data do vencimento não guardam consonância com a realidade fática, e caracterizam a ausência de informações no auto de infração quanto à forma de apuração do fato gerador, da base de cálculo e do arbitramento da alíquota. Por fim, impugna a multa aplicada em virtude do seu caráter confiscatório e abusivo, violando seriamente a Constituição Federal.

Requer a nulidade, subsidiariamente, a desconstituição da penalidade aplicada e a declaração de improcedência do auto de infração impugnado, com o acolhimento de todos os pedidos ora efetuados, pelas razões que afirma ter demonstrado.

O autuante presta a informação fiscal fl.52. Explica que o fato constatado nos autos refere-se a uma "Operação Simulada", com nota fiscal cujo destino é o Estado do Piauí, mas as mercadorias, na verdade, foram destinadas à Bahia. Afirma que o veículo transportador com placa de Feira de Santana - Bahia, telefones de contato fornecidos ao posto fiscal são da mesma cidade e nenhum contato da empresa do Piauí se identifica no documento fiscal.

Observa que o veículo transitava pela cidade de Ibotirama, indo para Feira de Santana, trajeto completamente incompatível com aquele constante do documento fiscal, que era a cidade de Picos no Piauí.

Esclarece que, conforme solicitado foi realizada uma diligência pelo Fisco do Estado do Piauí, documento fl.15, e aquele Órgão fiscal informou a inexistência da citada empresa funcionando naquele endereço.

Opina pela manutenção do Auto de Infração em lide.

### **VOTO**

O autuado argui nulidade do auto de infração, afirmando não ter sido especificado quais os fatos ou motivos da autuação. Disse que houve cerceamento do seu direito de defesa, decorrente do desconhecimento sobre os fatos ou motivos que ensejaram a presunção de entrega de mercadorias no Estado da Bahia, quando os documentos fiscais eram idôneos e apontavam em outra direção.

Observo que a inidoneidade dos documentos fiscais apurada pela fiscalização vai além da simples análise dos referidos documentos que acompanhavam as mercadorias. Esta conclusão leva em consideração as informações prestadas na descrição dos fatos e na informação fiscal, de que a referida operação foi simulada, culminando na lavratura do Termo de Ocorrências à fl. 06.

Neste caso, foram identificados no próprio Termo de Ocorrências, o transportador e o detentor das mercadorias em situação irregular e exigido o imposto do detentor, conforme previsto na legislação tributária.

Constato que o lançamento fiscal efetuado pela fiscalização de mercadoria em trânsito, através de Auto de Infração, Mod. 4, se apresenta formalmente em acordo com os artigos 39, III e 41, I e II, do RPAF/99, eis que, a imputação encontra-se descrita claramente no auto de infração, conforme transcrito no relatório do PAF, e encontra-se acompanhada do respectivo Termo de Ocorrência Fiscal, devidamente assinado por preposto devidamente autorizado pelo autuado, conforme documentos às fls. 04/05. Além disso, o Autuante juntou o Termo de Ocorrência nº 233063.1005/16-3 fls. 4/5. Juntou os DANFS 29776, 29775, 1483545 fls. 7/9, os quais servem como elemento de prova da acusação fiscal, ou seja, estão em conformidade com a narrativa dos fatos e à correspondente infração imputada que se fundamenta nos documentos fiscais tidos como inidôneos, que acobertavam as mercadorias em trânsito e foram apresentados ao agente do fisco pelo próprio transportador.

O defendente alegou que o lançamento fiscal possui vício formal, visto que a intimação do referido instrumento foi efetivada à pessoa não representante legal da empresa, descumprindo princípios constitucionais e também do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, tornando nula a intimação efetivada à pessoa estranha ao seu quadro social.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, observo que esta alegação não se sustenta. O Auto de Infração foi lavrado contra a empresa transportadora, com fundamento na responsabilidade solidária. O autuado autorizou ao motorista (Sr. Jurandir Pereira de Freitas) a assinar o Termo de ocorrência como fiel depositário, conforme documento fl.13.

O defendente alegou ainda, que o lançamento fiscal decorreu de presunção, não prevista na legislação tributária do Estado da Bahia.

Examinando a tipificação legal registrada no Auto de Infração constato que não foi aplicado o dispositivo que trata das presunções legais, § 4º do art. 4º da Lei 7014/96. Observo que o artigo 19 do RPAF/99, assim dispõe: *“A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”*

No presente caso, verifico que, apesar do Autuante ter utilizado equivocadamente a palavra “presunção”, pelo conjunto probatório constante nos autos, e pelo enquadramento legal aplicado, houve constatação pela fiscalização de que a operação foi simulada, considerando que até a presente fase processual, o autuado não logrou comprovar a existência do destinatário das mercadorias no endereço registrado nos DANFs que sustentavam as operações. Embora revestidos das formalidades legais, os documentos fiscais foram utilizados com o intuito de simular legitimidade à operação, cujos argumentos defensivos não foram capazes de desconstituir esta conclusão fiscal.

Assim, não identifico violação ao devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Tributário e/ou Administrativo, inexistindo ofensa aos artigos acima citados, razão porque, devem ser rejeitadas as preliminares de nulidade, argüidas pela defesa, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontra o motivo elencado no inciso IV, do art. 18, do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de imposto, em razão de terem sido encontradas mercadorias sendo transportadas pelo autuado, utilizando Notas Fiscais Eletrônicas com roteiro de transporte das mercadorias totalmente contrário àquele que seria empreendido, se de fato, fossem direcionadas para o estabelecimento registrado nos documentos fiscais.

Em sede de informação fiscal, o Autuante explicou que o fato constatado nos autos trata-se de uma "Operação Simulada", com nota fiscal cujo destino é o Estado do Piauí, mas as mercadorias, na verdade, foram destinadas à Bahia. Afirmou que o veículo transportador possui placa de Feira de Santana – Bahia. Os telefones de contato fornecidos ao posto fiscal são da mesma cidade e nenhum contato da empresa do Piauí se identifica no documento fiscal.

Observou que o veículo transitava por Ibotirama, indo para Feira de Santana, trajeto completamente incompatível com aquele constante do documento fiscal, que era a cidade de Picos no Piauí.

Esclareceu que, conforme solicitado pelo Estado da Bahia, foi realizada uma diligência pelo Fisco do Estado do Piauí, documento fl.15, e aquele Órgão fiscal informou a inexistência da citada empresa funcionando naquele endereço.

Compulsando os autos, verifico que se trata de venda de bebidas alcóolicas pelas empresas Indústria Missiato, Notas Fiscais 29776 /29775 e Rio Vermelho Distribuidor, estabelecidas na cidade de Anápolis no Estado de Goiás e como destinatária a empresa Carlos Alberto Lima de Moraes, estabelecida na cidade de Picos, no Estado do Piauí, em endereço em que o fisco Piauiense confirmou a inexistência da referida empresa.

Da leitura do enquadramento constante no Auto de Infração, sobressai que a ação fiscal está embasada nos artigos 6º, inciso III, alínea “d” inciso I, alínea “b”, item “1”; art.17, § 3º e art.44, inciso II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, c/c com o art.318, § 3º do RICMS/2012, cuja conclusão fiscal foi de inidoneidade do documento fiscal, em razão de declaração inexata nos documentos fiscais, por “constar endereço de destinatário fictício para amparar operação que se revelou simulada”.

De acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea.

Desta forma, as provas do fato ilícito praticado pelo responsável solidário, o transportador, constam dos autos. No caso, as mercadorias estavam acompanhadas dos DANFES citados na descrição do fato, sendo apresentados como elementos de provas os documentos às fls. 07 a 13, os quais identificam a mercadoria apreendida.

No caso em exame, se a mercadoria foi encontrada em situação irregular e foi identificado o seu detentor, conforme Termo de Ocorrência Fiscal à fl. 06, a responsabilidade pelo pagamento do imposto e demais acréscimos foi atribuída ao autuado na condição de detentor, conforme estabelece o art. 6º, inciso IV 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:*

...

*IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;*

O defendente alegou que os dias fixados como data da ocorrência do fato gerador e data do vencimento não guardam consonância com a realidade fática, e caracterizam a ausência de informações no auto de infração quanto à forma de apuração do fato gerador, da base de cálculo e do arbitramento da alíquota. Por fim, impugna a multa aplicada em virtude de seu caráter confiscatório e abusivo, violando seriamente a Constituição Federal.

Do exame dos elementos que compõem os autos, observo que tais alegações não subsistem. Encontra-se neste PAF o demonstrativo de débito fl. 06, com todas as informações requeridas pela Lei e reclamadas pelo Autuado. A base de cálculo está claramente demonstrada. Não tem sentido, portanto, se falar em arbitramento.

Nestas circunstâncias, o transporte da mercadoria se fazia de forma irregular, pois estava acobertado por documento fiscal que não reflete a real operação, tornando-o inidôneo, uma vez que o destinatário da mercadoria inexistia no local constante nos DANFES acima citados.

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 **233063.1063/16-3**, lavrado contra **M. K. M. COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$85.275,08**, acrescido da multa de 100%, prevista inciso IV, alínea "c" do art. 42 da Lei 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR