

PROCESSO - A. I. Nº 213080.1156/16-4
RECORRENTE - RM SIMIONI TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JF Nº 0023-04/18
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0227-12/19

EMENTA: ICMS. ENTREGA DE MERCADORIA EM LOCAL DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. FISCALIZAÇÃO NO TRÂNSITO DE MERCADORIAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TRANSPORTADOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou devidamente demonstrado que as mercadorias se destinaram a estabelecimento localizado no município de Jaguaripe/BA, entretanto foram flagradas sendo entregues em estabelecimento diverso situado em Salvador/BA. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 4ª JF n.º 0023-04/18 que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado através da fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigir crédito tributário no valor de R\$47.587,04, mais multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso IV, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, tendo em vista a seguinte acusação: “*Entrega de mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal*”.

Está consignado no campo “Descrição dos Fatos” a seguinte observação:

Entrega de mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal, as mercadorias, conforme descrição contida nos DANFEs 058 e 059 emitidos pela empresa Guarany, CNPJ 22.913.752/0001-86, destinavam mercadorias à empresa SALUS COMÉRCIO INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA., localizada na Estrada da Ilha da Ajuda, número 07, Distrito de Ilha da Ajuda, município de Jaguaripe – Bahia e as mercadorias foram depositadas (local da efetiva entrega) no estabelecimento da empresa ACQUA PRODUCTS S/A, Inscrição Estadual número 126.398.263, CNPJ 04.069.988/0008-72, situada na Rua das Honduras, sem número, (Loteamento Granjas Rurais Presidente Vargas), Salvador, Bahia. As mercadorias foram remetidas somente para efeito de identificação da infração cometida e do infrator, nos termos regulamentares. Há documentos em anexo comprovando a infração, isto é, o local da efetiva entrega. Obs. Este termo substitui o de número 1617391017/16-9”, (sic).

A 4ª JF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito:

VOTO

“Sob o ponto de vista formal o Auto de Infração encontra-se devidamente fundamentado tendo sido atendidas todas as regras processuais estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, razão pela qual afasto o pedido de nulidade formulado pelo autuado.

A fiscalização do trânsito de mercadorias possui uma característica fundamental para sua eficácia: o flagrante do fato ocorrido, e isto, está fartamente comprovado nestes autos.

Neste caso houve o flagrante da entrega das mercadorias em local distinto do indicado no documento fiscal, nos quais, consta como local de entrega endereço localizado na cidade de Jaguaripe/BA, enquanto que as mercadorias foram entregues em Salvador/BA, em estabelecimento distinto do constante do documento fiscal.

Na situação presente, não importa a especificidade da mercadoria que estava sendo transportada, ela deveria ter sido entregue no endereço indicado no documento fiscal, até porque, não consta no campo dados adicionais qualquer observação ou referência para que a entrega ocorresse em local distinto do constante no documento fiscal. A declaração apresentada pelo autuado, sob o ponto de vista fiscal, em nada lhe socorre, pois o que vale é o que consta na Nota Fiscal.

Considerando que o autuado, na condição de transportador das mercadorias, foi, comprovadamente, o responsável pela entrega das mesmas em local conflitante com o indicado nos documentos fiscais, neste caso, a Lei nº 7.014/96, em seu artigo 6º, inciso III, atribui ao transportador a responsabilidade pelo pagamento do imposto, portanto, correto se encontra o lançamento levado a efeito pela autuante.

Tendo em vista que não houve qualquer insurgência por parte do autuado em relação a apuração da base de cálculo do imposto, a qual se encontra demonstrada à fl. 04 dos autos, enquanto que estão presentes nos autos elementos suficientes para caracterizar a infração, voto pela Procedência do presente Auto de Infração.”

A recorrente, inconformada com a decisão de piso, interpôs Recurso Voluntário com base nas alegações de defesa abaixo articuladas.

Sinaliza que a carga em questão, representada pelas Notas Fiscais nºs 000.000.058 e 000.000.059, originárias da empresa Guarany, tinham como destinatário a empresa Salus Comércio Indústria e Representações Ltda., CNPJ 07.510.501/0001-67, sediada na Estrada da Ilha da Ajuda, nº 7, Bairro Ilha da Ajuda, município de Jaguaripe/BA.

Explica que referida empresa tem constituição societária composta por: *Luiz Felipe Ache D Escragnolle Taunay* (administrador) e *Frilog Armazenagem e Logística Ltda.* (cotista), consoante documentos em anexo.

Informa que a empresa Frilog Armazenagem e Logística Ltda., CNPJ 08.867.264/0001-59, com sede na rua Mariazumba, nº 330, Galpão 04, bairro Granjas Rurais Presidente Vargas, município de Salvador/BA, por sua vez, é composta pelos seguintes sócios: *Luiz Felipe Ache D Escragnolle Taunay* (administrador), e *Acqua Products S/A* (cotista).

Menciona ainda que a empresa Acqua Products S/A, CNPJ 04.069.988/0008-72, está sediada no mesmo endereço da empresa Frilog, qual seja, rua Mariazumba, nº 330, Galpão 04, bairro Granjas Rurais Presidente Vargas, município de Salvador/BA.

Aduz que ambas empresas são do mesmo grupo econômico, cujo administrador é a mesma pessoa, e como tal, o gestor das empresas ordenou, por motivos próprios de logística, que a descarga da mercadoria fosse feita em sua filial que continha local para depósito de mercadorias congeladas, qual seja, a empresa Acqua Products S/A, permanecendo esta como depositária fiel.

Ressalta para o conteúdo da declaração firmada pela empresa Salus Comércio Indústria e Representações Ltda, por meio de seu sócio administrador, o Sr. *Luiz Felipe Ache D Escragnolle Taunay*.

Entende que diante de tais premissas, a empresa transportadora, ora autuada, de boa fé, atendendo ordem do administrador da empresa destinatária assim procedeu, e efetuou a descarga no local indicado, consoante comprovantes em anexo.

Contesta que não se trata de sonegação fiscal, documento fiscal inidôneo ou adulterado, mas sim e tão somente de entrega da mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal.

Está incontroverso nos autos que o documento fiscal foi regularmente emitido pelo embarcador da mercadoria, e que o imposto foi recolhido.

Como o destinatário original da carga (Salus) é empresa integrante do grupo econômico (composto por Salus, Frilog e Acqua Products), não se constitui fato gerador, consequentemente não há incidência de ICMS. Cita súmula nº 166 do STJ: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do contribuinte*”.

Conclui afirmando que, se não havia hipótese de incidência para a operação em comento, dela não pode subsistir a penalidade aplicada.

Pontua ainda que uma vez constatada a ausência de prejuízo, a relevação da penalidade pecuniária pela Administração Pública é medida que se impõe, conforme se observa do precedente do C. STJ, da lavra do Ministro Luiz Fux, transcreve.

Sucessivamente, na remota hipótese de não acolhimento da tese acima, a empresa recorrente postula, forte no artigo 6º, inciso II, da Lei nº 7.014, de 04/12/1996, a declaração de responsabilidade solidária das empresas Salus Comércio indústria e Representações Ltda. e Acqua Products S/A.

VOTO

Rejeitada a nulidade, suscitada de ofício, pelo Conselheiro Henrique.

No mérito, a conduta autuada foi descrita como “*Entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo

alegado que o destinatário original da carga (Salus) é empresa integrante do mesmo grupo econômico (composto por Salus, Frilog e Acqua Products) do qual faz parte a empresa sediada no endereço onde foi feita a entrega. Cita a Súmula 166 para sustentar a ideia de que, em não sendo hipótese de incidência para a operação em comento, dela não pode subsistir a penalidade aplicada.

O exame dos autos revela que a fiscalização de trânsito flagrou a transportadora RM Simioni Transportes Ltda. efetuando a entrega de camarões e outros pescados em estabelecimento diverso daquele indicado no documento fiscal que acobertava o trânsito das mercadorias, conforme alega o Autuante e admite a Autuada.

Ora, tendo sido constatada a descarga de mercadorias em endereço diverso do constante da nota fiscal, é forçoso reconhecer que se impõe a incidência da norma contida no art. 6º, inciso III, alínea “a” da Lei 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;
...”

Embora a destinatária faça parte do mesmo grupo econômico da empresa sediada no endereço, onde foi irregularmente entregue a mercadoria, tal aspecto não inibe a autuação, pois a Súmula nº 166 só se aplica às operações de transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa, conforme abaixo.

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”

Pelo exposto, entendo que se encontra caracterizada a presente infração.

Quanto ao pedido de condenação solidária às empresas Salus Comércio Indústria e Representações Ltda. e Acqua Products S/A, não merece acolhida, pois não há evidências de que tenham compactuado com a conduta infratora. Afinal, o documento fiscal é inidôneo à comprovação alegada.

Denego o pedido de redução da multa, pois refoge à competência desse colegiado, limitando-se tal prerrogativa às condutas marcadas por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 158 do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Sr. Presidente, acompanhei mais uma vez com toda atenção a leitura do relatório e a prolação do criterioso voto da lavra do Sr. Conselheiro Relator, Dr. Luiz Amaral, a quem saúdo pela clareza e correção de sempre.

Em que pese estar ciente de que o entendimento sustentado pelo Sr. Relator é aquele que predomina no âmbito deste CONSEF, e que faz jus à legislação de regência, tenho para mim que a solução por ele proposta não é a que melhor cumpre aquela missão presente no art. 2º do Regimento Interno deste CONSEF (RICONSEF), aprovado por meio do Decreto nº 7.592/99. Refiro-me àquele excerto que afirma ser o CONSEF competente para “*julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária e as impugnações e recursos do sujeito passivo [...]*”. E mais, ao constatar fato que em tese pode implicar preterição do direito de defesa seja do autuado, seja de terceiros (art. 18, inciso III do *caput*, do RPAF/99), valho-me da prerrogativa do art. 30, inciso XIII, do RICONSEF para suscitar de ofício esta questão preliminar.

Sr. Presidente, julgar litígio é algo mais do que apenas opinar positiva ou negativamente acerca da “procedência” de autos de infração. Julgar litígio é examinar nas circunstâncias concretas qual é o tipo de turbulência que a tributação pode estar a causar no meio social, e tentar encontrar a

solução mais adequada, dentro dos limites obviamente cometidos ao Conselho de Contribuintes.

Quero com isso assentar que para julgar o litígio na circunstância concreta não se pode limitar a cognição à adequação da solução encontrada com a legislação, mas encontrar a solução que, dentro da legislação tributária e dos limites de cognição deste Conselho, concorram para a melhor e mais eficiente (e eficaz, e efetiva) maneira de compor o conflito.

Nesse sentido, Sr. Presidente, nas circunstâncias que os fólios evidenciam, não nos parece suficiente reconhecer a procedência da autuação em face do transportador que, no curso de brilhante atuação dos Agentes do Fisco lotados na Inspetoria de Trânsito, foi flagrado a entregar mercadoria em local diverso daquele constante nos documentos que acobertam a carga transportada.

Isto é, a solução está albergada pela legislação e é concludente com os fatos constatados, mas não é suficiente para que se atinja a missão de “julgar litígios”.

Observo que, após brilhante atuação dos prepostos da Autoridade Tributária, o Sujeito Passivo ofereceu defesa. Em documento anexo à defesa. fl. 52, há declaração em que a proprietária da carga (conforme identificado nos documentos portados pelo transportador – fls. 14 a 18), a sociedade empresária Salus Comércio Indústria e Representações Ltda., por meio da pessoa de Luiz Felipe Aché D'escragnolle Taunay, que também é sócio administrador da sociedade empresária que recebeu a carga e passou a figurar como depositária da mesma, a Acqua Products S.A., declarou ser ela, a proprietária da carga e contratante do frete, quem determinou à transportadora-contratada que destinasse a mercadoria a local diverso daquele constante na Nota Fiscal (fl. 52).

Ora, constatado tal fato, parece-nos necessário para a preservação seja do direito de defesa de todos os envolvidos, seja para a manutenção de garantias e privilégios do crédito tributário em discussão, que todas as pessoas diretamente envolvidas com o fato (ou seja, a sociedade empresária titular da carga e também a sociedade empresária que passou a figurar como depositária da carga) fossem chamadas para responder a esta autuação. Do contrário, haverá, repito, risco grave à preterição do direito de defesa, além de risco de se dispensar garantias e privilégios do crédito tributário – algo que é passível, até, de cogitar-se em responsabilidade funcional (art. 141 do CTN).

Sem a notificação das envolvidas, a própria defesa do transportador fica dificultada. Ora, é fato notório que o prestador de serviços está em posição de relativa sujeição às ordens do tomador. Em vulnerabilidade, descumpri-la pode até afastar penalidades, mas certamente pode conduzir à perda da clientela. Ademais, sem saber de todos os fatos e circunstâncias que culminaram com a ordem de envio da mercadoria para lugar diverso daquele pré-ordenado, mas titulado por pessoa jurídica em que se constata vinculação societária e administrativa, fica o transportador e prestador de serviços impedido até mesmo de valer-se de circunstâncias que eventualmente implicariam a redução da penalidade que lhe foi imposta.

É prudente destacar: o valor do frete, pelo que consta nos autos, foi fixado em R\$5.000,00. O crédito tributário constituído (ou seja, desconstituída a autuação, a legislação supõe realizado o fato gerador de ICMS com uma circulação “clandestina”, e ainda impõe a pesada multa de 100% sobre o valor desse ICMS constituído) atinge em valores históricos cerca de vinte vezes o valor do frete (R\$95.174,08). E, é de pasmar, este crédito tributário equivale a perto de 36% do valor da mercadoria transportada! Com tudo isso, pouco resta ao transportador como matéria de defesa, pois sequer conhece integralmente das circunstâncias que culminaram com a alteração (irregular, é verdade) da ordem de entrega.

Se mais não bastasse, Senhor Presidente e Nobres Pares, pondere-se que este crédito tributário, como constituído, gerará uma cobrança direcionada a empresa situada em outra unidade da federação, com todas as vicissitudes daí advindas. Este crédito será cobrado apenas do transportador, sendo eventualmente muito mais fácil satisfazê-lo nos limites territoriais deste Estado, onde se encontram estabelecidas as pessoas jurídicas envolvidas, inclusive inscritas como contribuintes perante este Estado da Bahia.

Atente-se, enfim, que os fólios prenunciam concurso de pessoas no cometimento do ilícito tributário. A aparentemente cômoda opção regulamentar por direcionar o processo administrativo fiscal a apenas um dos envolvidos (dada a omissão do RPAF/99 sobre concurso de pessoas) mostra-se ainda mais danosa quando se recorda que eventuais anistias instituídas pelo Poder Público não podem ser usufruídas, salvo disposição em contrário, quando se constatar concurso de pessoas (art. 180, inciso II, do CTN).

Assim, por todo o exposto, por vislumbrar que a decisão não é a mais adequada para decidir o litígio – muito ao revés, certamente remeterá o autuado à desagradável necessidade de negociar com seu contratante ou valer-se do Poder Judiciário para se ver ressarcido –, por ver nela eventual preterição até mesmo de garantias do crédito tributário em discussão, é que voto pela anulação da decisão de primeira instância, a fim de que sejam notificados os demais envolvidos (as sociedades empresárias SALUS COMÉRCIO INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA. e ACQUA PRODUCTS S.A.), para que apresentem, querendo, defesa, passando a figurar como autuadas.

Ultrapassada a questão preliminar suscitada de ofício, no mérito devo acompanhar o Relator. Como dito alhures, a decisão adotada pelo órgão julgador de primeiro grau amolda-se ao quadro normativo do Processo Legislativo Fiscal baiano, não cabendo cogitar-se de aplicação do Enunciado Sumular nº 166/STJ para estabelecimentos titulados por pessoas jurídicas integrantes de um mesmo grupo econômico. Considerando, ainda, que não nos cabe aqui declarar inconstitucionalidade de lei ou questionar ato normativo emanado de autoridade superior, consoante disposto no COTEB e no RICONSEF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **213080.1156/16-4** lavrado contra **RM SIMIONI TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o recolhimento do imposto no valor de **R\$47.587,04**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “c” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Eduardo Ramos de Santana e Maurício Souza Passos.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Henrique Silva de Oliveira, Paulo Shinyashiki Filho e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA - VOTO DIVERGENTE

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS