

A.I. Nº - 217356.0031/18-4
AUTUADO - AGROSPICE COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JOÃO BATISTA OLEGÁRIO DA SILVA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21.09.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0176-02/19

EMENTA: ICMS. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO COMERCIALIZADAS DURANTE O TRANSPORTE. Não restou comprovado que parte das mercadorias acompanhadas de notas fiscais procedentes de São Paulo para Alagoas, estavam sendo comercializadas no território baiano. Diligência do Fisco de Alagoas é insuficiente para caracterizar que no trânsito pelo território da Bahia houve prática irregular de comercialização das mercadorias. Parte das mercadorias estava desacompanhada de nota fiscal. Nos autos não há evidências de que o autuante utilizou pauta fiscal para cálculo do imposto, não demonstrando também o método e critério utilizado para determinar a base de cálculo de ICMS exigido. O lançamento não contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração foi lavrado em 30/10/2018 para exigir o ICMS no valor histórico de R\$40.813,46, acrescido de multa de 100% pela constatação da seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 – 54.06.04 – Mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, em trânsito pelo Estado, mas negociada no território baiano durante o transporte, fato constatado em 30 de outubro de 2018. Valor do ICMS exigido R\$40.813,46, acrescido de multa de 100% prevista no art. 42, inc. IV, alínea “c” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 6º, inc. III, alínea “c”, art. 8º, inc. I e §§ 3º e 4º e art. 23 da Lei nº 7.014/96.

Na descrição dos fatos, o autuante relata que *“Aos vinte e sete dias do mês de outubro de 2018, aproximadamente às 02:30h, o Sr. Jorlan Silva Santos, motorista, portador do CPF 011.999.135-70 e CNH 02202221452, condutor do veículo placa policial OSF4527–Ba, de propriedade de AGROSPICE COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA, CNPJ 18.183.585/0001-79, não fez a parada obrigatória no Posto Fiscal Jaime Balleiro, o que obrigou o preposto fiscal João Batista Olegário da Silva, sair em diligência e trazer o veículo para o Posto Fiscal. O motorista apresentou para a fiscalização os DANFes 46.058 e 46.096 emitidos pela empresa de CNPJ 16.714.846/0001-2, DANFE 166.854, emitido pela empresa de CNPJ 04.445.927/0001-96, ambas de São Paulo – SP, destinada a empresa M J DE SENA JÚNIOR EIRELI, CNPJ 31.324.683/0001-66 e inscrição estadual 247.739.943, localizada no suposto endereço situado à Avenida Costa Nabal, nº 216 – Quadra 40, Lote 13 – Bairro Cidade Universitária, em Maceió – AL. Foi solicitada diligência junto ao Fisco de destino – AL, para verificação cadastral e confirmação da compra, o qual nos respondeu que a empresa não existe no endereço conforme documento comprobatório anexo (no endereço de destino existe uma residência). Fizemos a pesagem e conferência do veículo e encontramos além das mercadorias descritas nos DANFes, 2.000 Kg de ALHO, e 1.814 Kg de ALPISTE sem documentação fiscal. Para*

constar lavrei o presente Termo que servirá para dar consistência e fundamentar a ação fiscal que será desenvolvida através de Auto de Infração.”

Anexo às fls. 03, 03-v e 04 consta o TERMO DE APREENSÃO nº 2173561006/18-3, cuja descrição dos fatos repete o texto acima transcrito e às fls. 05, 05-v e 06 o TERMO DE OCORRÊNCIA FISCAL nº 2173561005/18-7.

Consta também, apenso aos autos, fls. 22 e 23, cópia da decisão judicial da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, determinando em caráter liminar a liberação das mercadorias apreendidas, com data de 1º de novembro de 2018, cuja petição inicial foi apresentada pela destinatária das mercadorias, a empresa COMERCIAL FEGARO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO EIRELI.

A autuada inconformada, apresenta tempestivamente impugnação às fls. 35 a 37, onde inicialmente relata resumidamente os fatos e passa a apresentar seus argumentos, conforme segue.

Alega ilegitimidade passiva se fundamentando no que dispõe o art. 6º, inc. III, alínea “b” do RICMS/2012, que determina a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto ao contribuinte de direito e ao transportador, no caso de mercadorias transportadas sem destinatário certo.

Atribui a responsabilidade ao Sr. Jorlan Silva Santos, pois, era ele o transportador das mercadorias, sendo a autuada apenas a proprietária do veículo, portanto, defende a extinção do processo administrativo fiscal.

Assegura que ao promover a venda das mercadorias transportadas, objeto da autuação, adotou todas as medidas para salvaguardar a regularidade da operação, inclusive anexando ao DANFE, extrato de consulta à RECEITA FEDERAL do CNPJ, bem como do SINTEGRA do Estado de Alagoas, relativo à regularidade cadastral do destinatário.

Dessa forma, entende que o fato da fiscalização ter constatado que o destinatário das mercadorias não funciona no local indicado nos documentos fiscais, não pode lhe ser imputado, a infração constante no presente auto de infração, pois, em 31 de outubro, após a autuação, diz que o destinatário operava normalmente no endereço constante nos DANFE’s.

Frisa que o funcionamento normal do estabelecimento destinatário, cuja situação cadastral estava ativa, foi confirmado pelo SINTEGRA de Alagoas, situação comprovada junto à RECEITA FEDERAL DO BRASIL, que atesta a regularidade cadastral do destinatário.

Aduz que se estivesse irregular junto aos cadastros do estado de Alagoas e do CNPJ, o documento fiscal eletrônico, sequer seria autorizado, tampouco seria emitido.

Ressalta que não pode ser responsabilizada pela possível inidoneidade da empresa destinatária por não estar funcionando no endereço indicado nos documentos fiscais, visto que a empresa remetente tem como únicos instrumentos para garantir a regularidade da operação as informações disponibilizadas pela RECEITA FEDERAL DO BRASIL e pelo estado sede do destinatário, no caso Alagoas.

Afirma que se existe culpado pela remessa de mercadorias a um contribuinte irregular, este é o estado de Alagoas que por falha nas informações disponibilizadas, pelas quais é responsável, constava situação ativa, no endereço indicado na consulta.

Assim, infere que a tese de que o destinatário das mercadorias é incerto tona-se insustentável, razão pela qual, pugna pela improcedência do auto de infração, acolhendo as razões da defesa, preliminarmente de ilegitimidade passiva e, no mérito de idoneidade do destinatário.

O autuante apresenta sua informação fiscal às fls. 56 e 57, onde inicialmente afirma que a autuada na peça defensiva não conseguiu demonstrar que são inexistentes ou inadequadas as razões que ensejaram a lavratura do auto de infração, não podendo, assim, prosperar.

Assegura que a motivação para lavratura do auto de infração além de adequada é suficiente para fundamentar a exação fiscal.

Cita e reproduz o art. 6º, inc. III, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, que determina ser solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores em relação às mercadorias procedentes de outra unidade da Federação sem destinatário certo ou para estabelecimento desabilitado no cadastro.

Explica que não tem sustentação o argumento da defesa relativo a possível ilegitimidade passiva da autuada sob a alegação de ser transportador, o motorista, pois, este apenas serve de condutor do veículo de propriedade da autuada. Portanto, a autuada é sim o transportador e consequentemente o responsável.

Explica que o texto legal acima referido é claro e a propriedade do veículo transportador está comprovada nos documentos de fl. 16, o DANFE e à fl.18 o CRLV do veículo.

Explana que após diligência realizada junto ao Fisco de Alagoas, restou comprovado que a empresa destinatária das mercadorias não exerce qualquer atividade no endereço constante nas notas fiscais, conforme comprova documentos às fls. 07 a 11. Tal fato evidencia que a mercadoria, objeto da autuação, não possuía destinatário certo.

Reforça que esta circunstância fática é consubstanciada por diligência *in loco* realizada por autoridade fiscal do estado de Alagoas. Assim sendo, entende não se tratar de presunção de ausência de destinatário certo, mas sim de fato comprovado.

Demonstra estranheza sobre o fato de a autuada ter apresentado como prova da regularidade da situação do destino físico da mercadoria uma “consulta pública” do SINTEGRA e um comprovante de inscrição junto ao sítio da RECEITA FEDERAL.

Afasta, desta forma, qualquer nulidade ou improcedência do lançamento, posto que as matérias de fato e de direito que fundamentam o lançamento, são materialmente existentes e juridicamente adequadas.

Por fim contesta a defesa em todos os seus termos e requer a procedência total do auto de infração.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento exige o ICMS, em razão da constatação, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, de transporte de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, em trânsito pelo Estado da Bahia, mas, segundo a fiscalização, negociada no território baiano durante o transporte, atribuindo a responsabilidade solidária ao transportador.

O auto de infração foi lavrado por ter sido encontrado o veículo placa policial OSF-4527 – BA, de propriedade da autuada, CNPJ 18.183.585/0001-79, transportando mercadorias acobertadas pelos DANFE’s 046.058, 046.096 e 166.854, emitidos por contribuinte sediados em São Paulo, Capital, destinadas a empresa M J DE SENA JÚNIOR EIRELI, CNPJ 31.324.683/0001-66, estabelecida no estado de Alagoas.

Conforme relatório, além das mercadorias descritas nos DANFE’s, foram constatadas no veículo 2.000 Kg de ALHO, e 1.814 Kg de ALPISTE, transportados sem documentação fiscal.

Após diligência procedida pelo fisco alagoano o autuante afirma que a empresa destinatária das mercadorias acobertadas pelas citadas notas fiscais, não exerce qualquer atividade no endereço constante nos documentos fiscais, conforme fls. 07 a 11.

O fato apurado conduziu ao autuante concluir que as mercadorias destinadas ao estado de Alagoas, não possuía destinatário certo e caracterizou a operação como se as mercadorias estivessem sendo “*negociada no território baiano durante o transporte.*”, e assim entendeu se tratar de fraude fiscal.

Observe que o fato do Fisco alagoano, informar que no endereço constantes dos DANFE’s não existia evidência do exercício de atividade mercantil, e, considerando que os produtos estavam

apenas de passagem, pelo estado da Bahia, não há motivos suficientes para determinar a infração cometida contra a legislação do ICMS da Bahia. Não existem razões que autorize o nascimento da obrigação tributária principal devido ao Estado da Bahia, ainda mais, sob a premissa da existência de fraude fiscal, por supostamente estarem as mercadorias sendo comercializadas durante o transporte.

Os fatos descritos no auto de infração não autorizam o preposto fiscal da Bahia, adotar qualquer providência fiscal, a não ser dar trânsito à mercadoria.

Para garantir apenas o trânsito das mercadorias no território baiano, ao preposto fiscal poderia ter emitido um Passe Fiscal, previsto no art. 482 do RICMS/2012, que se trata do instrumento para a identificar o sujeito passivo que tenha entregue ou comercializado neste Estado mercadoria destinada a outra unidade da Federação ou ao exterior, ou, se assim entendesse pertinente, seguir o transportador até a fronteira de saída deste estado, para assegurar que as mercadorias não seriam comercializadas na Bahia, o que não ocorreu.

Tratando de mercadorias saídas do Estado de São Paulo e destinadas ao Estado de Alagoas, não há legitimidade ativa da Bahia sobre as mesmas, pois estavam acobertadas com os documentos fiscais e não consta nos autos prova de que estaria havendo comercialização, descarga ou entrega no território estadual.

Ademais, os fatos descritos não se configuram a hipótese de entrega de mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal, haja vista o relato dos fatos ocorridos não caracteriza de forma inegável a inexistência de flagrante da prática infracional. Portanto, não havendo fato gerador que justifique o presente lançamento, estando o mesmo lastreado em mera suposição, e suspeita, e não em fatos devidamente comprovados ou documentados.

O fato de atribuir ao proprietário do veículo transportador o polo passivo tributário, configura-se outro equívoco, pois a responsabilidade solidária, prevista no art. 6º, inc. III, “b” da Lei nº 7.014/96, alcança os transportadores, em relação às mercadorias que conduzirem, procedentes de outra unidade da Federação sem destinatário certo ou para estabelecimento desabilitado no cadastro. Condições que não se aplicam ao presente caso, pois, comprovado a inabilitação do destinatário, o imposto deveria ser reclamado pelo estado de Alagoas.

O instituto da responsabilidade solidária legal impõe características estipuladas no art. 124 do CTN, ou seja, são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal ou as pessoas expressamente designadas por lei. Assim, o solidário não é um terceiro qualquer, mas alguém que tenha relação com o fato gerador.

Para atribuir a terceiro a responsabilidade solidária, é necessário que o responsável solidário tenha vínculo com o fato gerador do tributo, entretanto, a razão de sua responsabilização reside, principalmente, na desobediência de um preceito legal que consiste no dever de transportar mercadorias somente acompanhadas de documento fiscal e nota fiscal válida. Dessa forma, o vínculo jurídico nasce por força de uma ocorrência tida como ilícita.

É imprescindível constar nos autos as provas do fato ilícito praticado pelo responsável solidário, o transportador, não cabendo a caracterização de fraude a existência de indícios ou presunções. Os documentos fiscais apresentados não demonstram a prática de fraude, não se tratando de documento inidôneo conforme previsão constante no art. 44, inc. II da Lei nº 7.014/96.

Portanto, resta caracterizada a existência de nulidade, por ilegitimidade passiva do transportador colocado equivocadamente no polo passivo da pretensão fiscal.

Quanto as mercadorias transportadas desacompanhadas de documento fiscal, caracteriza sim uma infração à legislação, conforme previsto no art. 40, §3º da Lei nº 7.014/96, ou seja: *“A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver desacompanhada de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidôneo, como definidos em regulamento”*.

A Lei nº 7.014/9 atribui a qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhada da documentação fiscal exigível, a responsabilidade solidária conforme art. 6º, inc. IV.

Neste caso, trata-se de outra infração que não se apresenta compatível com a infração descrita na autuação o que caracteriza uma incongruência entre a situação fática e a descrição da acusação.

Outra questão deve ser analisada neste caso. Refiro-me ao arbitramento da base de cálculo do ICMS exigido para os casos de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal.

O artigo 22 da Lei nº 7.014 96, determina que:

Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses: (...)

V - na fiscalização do trânsito: (...)

b) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:

1 - o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual de margem de lucro correspondente, fixado em regulamento; ou

2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;

Nos autos não constato evidências de que o autuante utilizou pauta fiscal para cálculo do imposto, tampouco há evidências de compatibilidade com os preços de venda a varejo no local da ocorrência, não demonstrando também o método e critério utilizado para determinar este valor.

O autuante apresentou a base de cálculo com base no Demonstrativo de Débito anexado à fl. 02, e planilha de cálculo à fl. 20, sem memória de cálculo, tampouco demonstração dos critérios que utilizou e não explicita as razões que o levou a estabelecer a margem de valor agregado – MVA de 70,12%.

Portanto, por tudo exposto, aplica-se ao caso a Súmula CONSEF nº 01, cujo conteúdo fundamenta a nulidade do procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Na presente ação fiscal, não foram observadas as formalidades legais expressamente previstas em lei e demais atos normativos e o respectivo auto de infração não contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39 RPAF/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, cabendo de ofício decretar a nulidade do lançamento.

Destarte, voto pela nulidade do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **217356.0031/18-4**, lavrado contra **AGROSPICE COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR