



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SUJEITO PASSIVO: *TRASPORTADORA DELEFRATTI LTDA*

ENDEREÇO: *Avenida Marginal Esquerda Sul, 550 a - Orlândia - Orlândia/SP - CEP: 01462-000*

PAT Nº: *20222906300244*

DATA DA AUTUAÇÃO: *09/05/2022*

CAD/CNPJ: *53.868.196/0001-05*

CAD/ICMS:

DECISÃO NULO Nº: 2022/1/28/TATE/SEFIN

1. Acusação de transporte de mercadorias em situação irregular, por notas fiscais consideradas inidôneas / 2. Defesa tempestiva / 3. Infração ilidida. Transporte iniciado anteriormente à publicidade das irregularidades constatadas pelo fisco. Ilegitimidade passiva do transportador autuado / 4. Auto de infração nulo por vício material.

1 – RELATÓRIO

O auto de infração se refere a processo complexo de fiscalização, do qual faz parte procedimento feito pelo Posto Fiscal de Vilhena que descreveu, em caso concreto, a entrada de mercadorias supostamente destinadas a empresa EMIDIA COMÉRCIO DE MAT DE CONST EIRELI, CNPJ 01.757.907/0001-62 e I.E. (RO) 475319, estabelecida na Avenida Antonio Correia da Costa, 5084, Guajará Mirim (RO), com situação cadastral irregular perante o fisco estadual, decorrente da constatação de incompatibilidade de suas instalações em relação à sua atividade declarada (comércio varejista de materiais de construção).

Respalda a autuação do fisco procedimentos de fiscalização junto ao estabelecimento destinatário, onde se detalha que, apesar de existir fisicamente, não possui nenhuma estrutura de atendimento para atividade comercial de venda a varejo.

Foi capitulada a infração pelos artigos 12, e incisos III, IV e VII do § 1º do artigo 2º do Anexo XIII (RICMS), combinado com artigo 89, inciso II, alíneas “c” e “d” do RICMS. E a penalidade de multa pelo artigo 77, inciso VII, alínea e-2 da Lei 688/1996.

O valor do crédito tributário lançado pelo auto de infração foi de:

ICMS: R\$ 91.492,43.

MULTA: R\$ 91.492,43.

TOTAL: R\$ 182.984,86.

1.1 - ESPECIFICIDADES DO DESTINATÁRIO

O que salta aos olhos e explicita a ilicitude dos fatos é a informação de que a empresa destinatária, optante do regime de tributação do Simples Nacional, cujo faturamento, para empresas sediadas no estado de Rondônia, se limita a R\$ 3.600.000,00, mas, conforme aferido pelos procedimentos de fiscalização, no ano de 2021, o suposto destinatário recebeu o valor de R\$ 12.237.583,40 em mercadorias e emitiu apenas R\$ 361.666,46 em notas fiscais de saídas. E em 2022 a distorção se repetiu: R\$ 11.728,481,14 em aquisições de mercadorias contra apenas R\$ 2.104.477,33 em valores de notas fiscais de saídas. Além do que, 158 notas fiscais “destinadas” ao estabelecimento indicado nos documentos fiscais não tiveram internamento no local de destino, ocorrência obrigatória por se tratar de Área de Livre Comércio (Guajará Mirim) com benefícios tributários diversos.

Por certo, se trata de um esquema que visa à sonegação de impostos, tal como narrado pelos procedimentos fiscais que constituem a ação desenvolvida e que permitem um juízo de valor lógico de que as mercadorias alvo da constituição do crédito tributário do auto de infração em lide se caracterizam pelo mesmo ilícito tributário. E, pertinente se faz a autuação fiscal com a apreensão das mercadorias (tal como feita pelo fisco), tendo em vista não se tratar o destinatário indicado nos documentos fiscais como sendo o real recebedor das mercadorias alvos da ação fiscal.

1.2 - CASO CONCRETO

Detalhando o caso concreto: houve a emissão de documentos fiscais, em 01/05/2022, por MORLAN S.A., estabelecida na Rua Quatorze, 1126, Terreofábrica, Orlandia (SP), CNPJ 53.309.795/0001-80, com indicação de destinatário o estabelecimento EMIDIA

COMÉRCIO DE MAT DE CONST EIRELI, CNPJ 01.757.907/0001-62 e I.E. (RO) 475319, estabelecida na Avenida Antonio Correia da Costa, 5084, Guajará Mirim (RO). O transportador, contratado pelo remetente das mercadorias e qualificado como sujeito passivo do auto de infração, foi a TRANSPORTADORA DELEFRATTI LTDA, CNPJ 53.868.196/0001-05.

Em 03/05/2022 houve a designação fiscal para a verificação de regularidade do estabelecimento EMIDIA COMÉRCIO DE MAT DE CONST EIRELI, que foi finalizado em 04/05/2022, conforme relato descritivo das incongruências das atividades da referida empresa e que culminaram com a suspensão de sua inscrição estadual nesta mesma data. Em 04/05/2022 iniciou-se o procedimento de fiscalização das mercadorias em trânsito com entrada no estado de Rondônia pelo Posto Fiscal de Vilhena, cuja retenção do veículo e carga se deu para a identificação do verdadeiro destinatário das mercadorias em transporte, dadas as ocorrências já constatadas pelas ações de fiscalização correlatas com o caso. O auto de infração foi lavrado em 09/05/2022 (contra o transportador), tendo sido feita a apreensão das mercadorias, com a Justiça não concedendo a tutela de liberação, após a impetração de Mandado de Segurança por parte de EMIDIA COMÉRCIO DE MAT DE CONST.

2 – ARGUIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo apresentou defesa e argumentou, em síntese, que as constatações dos procedimentos fiscais, em especial as que implicaram na consideração de inidoneidade dos documentos fiscais pelo auto de infração, somente foram feitas após a emissão dos referidos documentos e do próprio início do transporte das mercadorias, o que afastaria a qualificação de responsabilidade atribuída pelo transportador, eleito o sujeito passivo pelo auto de infração. Ademais, como dito pelo fisco, constatou-se a existência de estabelecimento físico no local indicado como destinatário pelos documentos fiscais tidos como irregulares. E, segundo a defesa, o transportador não teria como saber de ilícitos feitos após a entrega das mercadorias.

Além da constatação fiscal que comprova a existência do estabelecimento destinatário, a defesa realça que o mesmo relatório fiscal informa a presença de um funcionário para receber as mercadorias no local, o que reforça que os alegados ilícitos ocorreriam em etapa posterior, afastando a presunção de que as mercadorias ora transportadas seriam entregues em local diverso.

Repetindo as capitulações apostas pela ação fiscal no auto de infração (artigo 89, inciso II, alíneas “c” e “d” do RICMS/RO), a defesa alega não se enquadrar nas hipóteses previstas nos artigos indicados que remetem à solidariedade do transportador em relação ao pagamento do crédito tributário, quais sejam:

c) solidariamente, quanto à mercadoria que receber para despacho ou

transporte e que esteja desacompanhada no todo ou em parte de documentação fiscal, ou acompanhada de documentação adulterada, inutilizada, falsa ou já declarada inidônea;

d) solidariamente, quanto à mercadoria que entregar a destinatário diverso do indicado no documento fiscal;

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

3.1 - DA ANÁLISE DA DEFESA

Sobre as hipóteses legais para a responsabilização do transportador em relação ao crédito tributário, assiste razão aos argumentos da defesa, pois em relação ao texto da alínea “c”, a responsabilidade se dá quando a documentação fiscal já estiver sido declarada inidônea antes do recebimento da mercadoria que será transportada, o que inexistiu no caso desse processo. E na alínea “d”, em relação à mercadoria entregue em destinatário diverso do documento fiscal, tal fato não ocorreu no caso concreto e tem presunção dubitável.

Também, pelo fato de as notas fiscais terem sido consideradas inidôneas, baseadas num conjunto de procedimentos fiscais feitos após o início do transporte das mercadorias, não se pode afirmar que o transportador teria conhecimento da irregularidade em relação aos fatos descritos como de ilícito pelo fisco. Reforça a defesa do sujeito passivo a constatação de existência de prédio no local do estabelecimento destinatário que se prestaria para receber mercadorias, com a presença de um funcionário no local incumbido de receber mercadorias.

3.2 - DO COMPROVADO ILÍCITO TRIBUTÁRIO

Porém, como relatado, existe a evidência de prática de esquema de sonegação fiscal que engloba a operação das mercadorias alvo da ação fiscal que culminou no auto de infração em tela, não se podendo deixar de buscar o recebimento do crédito tributário constituído, bem como o real destinatário das mercadorias, dado que estas se encontram apreendidas em contrapartida à demonstrada inverdade acerca de o destinatário das mercadorias ser a empresa EMIDIA COMÉRCIO DE MAT DE CONST EIRELI, e a conseqüente necessidade de se continuar o procedimento fiscal para se identificar o verdadeiro beneficiário da operação fraudulenta voltada para a obtenção de vantagens advindas de esquema de sonegação.

Pela motivação da apreensão das mercadorias; “para a identificação de seu real recebedor”, entende-se, então, que a ação fiscal está em curso, assim como a infração do caso concreto, já que as mercadorias ainda se encontram em situação de apreensão.

Apesar de não se ter descoberto o real beneficiário da operação, as constatações

dos fatos narrados pelos procedimentos de fiscalização, por hora, apontam apenas para a responsabilidade do estabelecimento indicado nos documentos fiscais como sendo destinatário, em especial de seus sócios, que apesar de não ser o efetivo recebedor das mercadorias, tem participação no lícito tributário, conforme exposto no artigo 89, inciso XII, alínea “b” do RICMS/RO:

Art. 89. São responsáveis pelo pagamento do crédito tributário:

XII - da pessoa jurídica, solidariamente, a pessoa natural, na condição de sócio ou administrador, de fato ou de direito, de pessoa jurídica quando:

b) tiver praticado ato ou negócio, em infração à lei, com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, especialmente nas hipóteses de interposição fraudulenta de sociedade ou de pessoas e de estruturação fraudulenta de operações mercantis, financeiras ou de serviços;

Pela transcrição da legislação, o indicado, mas fictício destinatário e seus sócios (solidariamente), a critério do fisco acerca da lavratura de um novo auto de infração, devem constar no polo passivo do auto de infração para serem chamados a se manifestarem em relação aos fatos descritos pela ação fiscal, sendo que o direcionamento da autuação sobre estes sujeitos passivos sustentará, com maior robustez, a manutenção do crédito tributário constituído, **não significando, no entanto, o reconhecimento de sua condição de destinatário das mercadorias em situação irregular**, mas pela explícita participação na simulação de operações que foi demonstrada pelo conjunto de procedimentos fiscais vinculados ao caso.

Outrossim, também pela evidente participação de terceiros, ainda ocultos para a fiscalização, entendo ser pertinente a fiscalização sobre o remetente das notas fiscais apostas no auto de infração, MORLAN S.A., estabelecido na Rua Quatorze, 1126, Terreofábrica, Orlandia (SP), CNPJ 53.309.795/0001-80, dado que há elementos para se presumir que não foi o destinatário da operação quem pagou as duplicatas, vencidas um dia após a emissão das notas fiscais, com valores que totalizam R\$ 349.796,33, e nem o real feitor do pedido que culminou nas referidas vendas. Portanto, em continuidade ao procedimento fiscal sugere-se a intimação para o remetente das notas fiscais, a fim de que preste informações (1) referentes aos dados do pagador das duplicatas vinculadas aos documentos fiscais constantes no processo e, (2) com os dados do autor do pedido das compras que resultaram na emissão de suas notas fiscais 635457, 635458, 635459 e 635460, datadas de 01/05/2022, cujas informações podem ensejar, inclusive, no direcionamento do crédito tributário para outras pessoas físicas ou jurídicas.

3.3 – DOS VALORES DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A defesa questiona o arbitramento usado pela ação fiscal para a cobrança dos valores de ICMS e da multa aplicada pelo auto de infração.

Apesar de já indicado o vício material decorrente da ilegitimidade do sujeito passivo, caso seja feita nova autuação - que neste momento só permite atingir a empresa partícipe, EMIDIA COMÉRCIO DE MAT DE CONST EIRELI, CNPJ 01.757.907/0001-62 e I.E. (RO) 475319 - relata-se o que a seguir segue:

De fato, a capitulação que serviu para a aferição da base de cálculo do imposto e da multa lançados no auto de infração, cita o artigo 31, item I do RICMS/RO, enquanto que a previsão para o arbitramento em operações de trânsito de mercadorias está previsto no artigo 31, inciso IV do RICMS. E no caso, por se vincular a inidoneidade dos documentos fiscais com referência apenas ao destinatário das mercadorias - simuladamente feita para empresa da área de livre comércio de Guajará Mirim - há que se considerar os valores das mercadorias indicadas nos documentos fiscais, com os acréscimos de ICMS, PIS, COFINS e IPI dispensados pelos documentos fiscais, mas que devem ser inclusos dada a evidência de não se tratar o real receptor das mercadorias o que se indica nos documentos fiscais, tal como previsto no ordenamento do arbitramento, e, após, acrescida a margem de agregação, conforme indicado na alínea "b-1" do artigo 31 inciso IV do RICMS. Para o cálculo final do imposto, conceder o crédito do ICMS incluído na operação interestadual.

Referente à multa, a ser lançada contra a empresa indicada como destinatária pelos documentos fiscais, sugere-se a adequação da capitulação da penalidade também. Por não se tratar do real destinatário das mercadorias, logo não se aplicam os substantivos elencados pela capitulação da infração dada pelo artigo 77, inciso VII, alínea e-2 da Lei 688/1996 (*aquisição, importação, recebimento, posse, transporte, estocagem, depósito, venda, exportação, remessa ou entrega de mercadorias*), porém, por contribuir para que terceiro deixe de pagar imposto, salvo melhor juízo a ser feito pela ação fiscal, sugere-se o enquadramento da multa vinculada ao que descreve a infração prevista no artigo 77, inciso IV, alínea a-1 da Lei 688/1996.

3.4 - DA IMPOSSIBILIDADE DE ADITAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO

Apesar de se tratar de erro de fato, não se entende pertinente que seja adotado o rito processual de aditamento do auto de infração, tendo em vista a necessidade de alteração do sujeito passivo. No entanto, por existir a infração e pela demonstração de o destinatário indicado nos documentos fiscais não ser o real receptor das mercadorias alvos da autuação fiscal - que se encontram apreendidas -, caso seja conveniente e oportuno para o desenvolvimento da ação de fiscalização em curso, sugere-se aos autores do feito a lavratura de um novo auto de infração, nos moldes do que foi detalhado nesta análise de julgamento.

Por óbvio, a critério dos agentes fiscais conhecedores da fiscalização, e decorrente

dos desdobramentos da ação fiscal, o direcionamento do crédito tributário pode se dar sobre qualquer pessoa envolvida que se descubra ser o real destinatário das operações em análise.

4 – CONCLUSÃO

Nos termos do disposto no inciso IV do artigo 131 da Lei 688/1996, julgo **NULO, por vício material** o auto de infração e **INDEVIDO** o crédito tributário no valor originalmente constituído de R\$ 182.984,86.

Ao tempo em que este julgado expõe a causa da nulidade vinculada unicamente pela ilegitimidade passiva do transportador autuado, ressalta-se o entendimento da comprovação da irregularidade das operações, tal como indicado pelo conjuntos dos procedimentos fiscais, o que ressalva a lavratura de novo auto de infração, a ser feito a critério dos agentes fiscais e com a oportunidade a ser alcançada pelo desenvolvimento dos procedimentos de fiscalização referentes ao caso, com direcionamento ao crédito tributário das mercadorias apreendidas contra terceiros envolvidos no ilícito tributário ou contra o efetivo recebedor das mesmas e beneficiário do esquema detalhado pelo fisco.

Por se tratar de decisão contrária à Administração Tributária, com importância de valor excluído acima de 300 UPF's, interpõe-se recurso de ofício.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o contribuinte da decisão de Primeira Instância.

Intime-se o autor do feito para eventual manifestação fiscal (RICMS – Anexo XII, artigo 58, § 1º).

Porto Velho, 23 de agosto de 2022.

Renato Furlan

Julgador de 1ª Instância/TATE



Documento assinado eletronicamente por:

Renato Furlan, Delegado da 3º DRRE,

Data: **23/08/2022**, às **12:0**.

Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.