

**TJDFT**Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 6ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO 0714153-78.2017.8.07.0018

APELANTE(S) DISTRITO FEDERAL

APELADO(S) INDUSTRIAS REUNIDAS DE BEBIDAS TATUZINHO 3 FAZENDAS LTDA

Relator Desembargador CARLOS RODRIGUES

Acórdão N° 1130281

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ANULATÓRIA. FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUTUAÇÃO. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. VENDA DE MERCADORIAS. EMPRESA DESTINATÁRIA. ENDEREÇO INEXISTENTE. SITUAÇÃO IRREGULAR. ÔNUS DA PROVA. ART. 373, II, CPC. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS. OBSERVADOS.

1. Prevalece a presunção de legalidade e legitimidade na autuação do Fisco, no auto de infração de exigência de ICMS, quando a empresa apelada emite, por mais de um ano, notas fiscais de venda para empresa que nunca estabeleceu no endereço descrito nos documentos fiscais.
2. Nos termos do art. 373, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, presumindo a legalidade e veracidade do auto de infração, ao qual, para ser elidida, necessitaria de ampla dilação probatória, mas as partes não se desincumbiram de indicá-las.
3. A responsabilidade tributária será solidária, nos termos do art. 28 da Lei 1.254/1996, quando o contribuinte ou responsável promover a saída sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, relativamente à operação subsequente com a mesma mercadoria ou serviço, e o representante, mandatário, comissário ou gestor de negócio, em relação à operação ou prestação feita por seu intermédio.
4. Uma vez demonstrada a regularidade do auto de infração, nos termos do art. 25 da Lei nº 4.567/2011, em cumprimento aos requisitos elencados, não há se falar em nulidade do auto do processo administrativo, por meio do qual restou integralmente mantido o lançamento do crédito tributário decorrente do Auto de Infração e Imposição de Multa – AIIM, lavrado pela Gerência de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Coordenação de Fiscalização Tributária da SEFAZ/DF.
5. Não se afasta a responsabilidade tributária solidária da empresa pelo simples fato das operações terem ocorrido na modalidade *free on board*, qual seja, transporte de mercadorias por conta e risco do destinatário.
6. Recurso de apelação conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, CARLOS RODRIGUES - Relator, VERA ANDRIGHI - 1º Vogal e ESDRAS NEVES - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador ALFEU MACHADO, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. PROVIDO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 03 de Outubro de 2018

Desembargador CARLOS RODRIGUES

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo DISTRITO FEDERAL contra a r. sentença de fls. 1/4 no id 5131747, proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal que, nos autos da demanda anulatória ajuizada por INDÚSTRIA REUNIDAS DE BEBIDAS TATUZINHO 3 FAZENDAS LTDA, julgou procedente o pedido inicial para declarar a nulidade do auto de infração e imposição de multa nº 2975/2015 e, por conseguinte, a inegibilidade dos débitos tributários registrados em desfavor da autora, resolvendo o mérito com base no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Deixou de condenar a parte ré ao pagamento das custas, em virtude de isenção legal e condenou ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 8% (oito por cento) do valor da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, inciso III, do Código de Processo Civil.

Nas razões de recurso (fls. 1/4, id 5131749), o DISTRITO FEDERAL sustenta, em síntese, ter a Fiscalização Tributária do DF apurado que a empresa autuada emitiu, no período de 12/06/2013 a 31/07/2014, 17 notas fiscais de venda para empresa situada no Distrito Federal, mas que essa destinatária jamais se estabeleceu no endereço descrito nos documentos fiscais citados, motivo pelo qual tais notas fiscais foram consideradas inidôneas e as mercadorias em situação fiscal tidas como irregulares.

Sustenta que a autoridade tributária lavrou o auto de infração nº 2.975/2015 ao constatar que a apelada emitiu notas fiscais inidôneas, visto que destinadas a contribuinte inexistente e que teve a sua inscrição cancelada retroativamente, tendo em vista que a empresa destinatária nunca funcionou no seu endereço cadastral e defende que a autoridade fiscal atendeu aos requisitos obrigatórios de um Auto de Infração, não havendo qualquer irregularidade capaz de torná-lo nulo.

Requer, portanto, o provimento do recurso de apelação para reformar a r. sentença a fim de julgar improcedentes os pedidos deduzidos na petição inicial.

Sem comprovante de recolhimento de custas processuais, diante de isenção legal.

Contrarrazões no id 5131756.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador CARLOS RODRIGUES - Relator

Conheço do recurso de apelação, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Diante da ausência de preliminares, passa-se ao exame do mérito recursal.

Saliente-se que esta Turma negou provimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada para manter a exigência de crédito de ICMS, encargos e multa de 200% (duzentos por cento) referente à autuação realizada pelo Fisco – id 5131754.

Conforme relatado, o Distrito Federal interpôs o recurso em análise, visando à reforma da sentença que julgou procedente o pedido inicial para declarar a nulidade do Auto de Infração e Imposição de Multa e a inexigibilidade dos débitos tributários registrados em desfavor da empresa autora – id 5131749.

Ao analisar o apelo, nota-se a ausência de novos elementos aptos a modificar a conclusão exarada no Acórdão nº 1100235, inexistindo também fato novo que possa alterar o entendimento esposado por ocasião do julgamento retromencionado, motivo pelo qual a apelação merece ser provida.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a empresa SOUZA E SILVA adquiriu mercadorias vendidas pela apelante, mas não foi localizada em seu domicílio fiscal para a devida entrega, razão pela qual foram consideradas inidôneas 17 notas fiscais e considerados os produtos em situação irregular. Consequentemente, transferiu-se à apelante a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido nas entradas dessas mercadorias no Distrito Federal.

No que tange à solidariedade tributária, o art. 124 do Código Tributário Nacional prescreve o seguinte:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Consoante estabelece a Lei nº 1.254/1996, que dispõe sobre o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias – ICMS, em seu artigo 5º, incisos XI, alínea “d” e inciso XVI, considera-se ocorrido o fato gerador do respectivo imposto, no momento da entrada no território do Distrito Federal, de mercadoria a ser comercializada sem destinatário certo ou destinada a estabelecimento em situação cadastral irregular.

Consta no art. 47, IX, da Lei 1.254/1996, que são obrigações acessórias do contribuinte, responsável

ou transportador, exigir do outro contribuinte, nas operações ou prestação que com ele realizar, a exibição do documento de identificação fiscal, bem como exibir ao outro contribuinte, o respectivo documento.

Ou seja, a lei é clara ao estabelecer regramento hábil a respaldar a integralidade das obrigações tributárias e exigir o cumprimento da norma. A apresentação da documentação idônea para confirmar a transação comercial é de extrema importância, a fim de evitar a incidência de infrações tributárias.

Prosseguindo, observa-se que a transação realizada pelas partes comporta a incidência da solidariedade, se responsabilizando todos os devedores pela obrigação tributária correspondente. Nesse viés, o art. 28 da mencionada Lei 1.254/1996, nos incisos VII e XVI, dispõe que fica atribuída a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto, com acréscimos legais pelo contribuinte ou responsável àquele “que promover a saída sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, relativamente à operação subsequente com a mesma mercadoria ou serviço, e o representante, mandatário, comissário ou gestor de negócio, em relação à operação ou prestação feita por seu intermédio”.

No caso, em inspeção realizada pelo Fisco, constante do auto de infração nº 2975/2015, constou que a empresa autora autuada emitiu, no período compreendido entre 12/06/2013 até 31/07/2014, 17 notas fiscais com destino à Empresa Comercial de Alimentos Souza e Silva LTDA ME, mas, em diligência *in loco*, os auditores fiscais constataram que a referida empresa nunca operou no endereço informado nas notas fiscais referidas. Sendo assim, restou evidente a infringência aos ditames legais que regulamentam o tema em comento.

Acrescente-se que compete ao autor fazer prova do fato constitutivo de seu direito para desconstituir o crédito tributário. No entanto, ausente a prova acerca da regularidade da operação comercial e diante da prova de inidoneidade dos documentos que embasou a autuação fiscal, prevalece a presunção legal da multa aplicada. Ora, se se tratasse de operação mercantil idônea, minimamente cumpra à autuada apelante exibir documento constitutivo ou certificação simplificada sobre a existência e endereço do estabelecimento no local indicado nas notas fiscais que emitiu. Do contrário, a emissão fraudulenta somente poderia ter o condão de servir a fraude na circulação espúria de mercadorias ou produtos.

Em que pese ter a sentença afirmado que “a demandante apresentou consulta em 12/06/2013, com evidência de situação regular da compradora perante a Receita Federal” – id 5131747, fl. 3, o fato é não se comprovou a regularidade cadastral da empresa Souza e Silva LTDA, além do mais, compete à empresa, ao emitir as notas fiscais, certificar-se quanto a regularidade do endereço destinatário e conferir o real domicílio fiscal, sob pena de incorrer em infrações passíveis de multa.

Seria imprescindível a dilação probatória para infirmar a conclusão lançada pela Administração no procedimento fiscalizatório, de modo a apurar se houve, de fato, irregularidade na emissão das ditas notas fiscais, mas ambas as partes dispensaram a oportunidade de indicar as respectivas provas – id 5131744 e 5131743.

Ora, causa certa estranheza o fato de a empresa autora/apelada ter emitido, por mais de um ano, notas fiscais de venda para empresa situada no Distrito Federal, sem que a destinatária tivesse o endereço descrito nos documentos fiscais. Conforme atestou o parecer ofertado no ID 3827168, a suposta empresa adquirente dos produtos teve a sua inscrição no CF/DF cancelada retroativamente à data de início de suas atividades, por se inscrever com informações falsas e pelo fato de nunca ter funcionado no endereço cadastral. A emissão das notas fiscais é posterior ao cancelamento retroativo da inscrição fiscal da destinatária dos produtos, como se fosse mera "empresa fantasma".

No mesmo documento, atestou-se que “a fiscalização tributária lavrou o Auto de Infração nº 2.975/2015 ao constatar que a Impugnante emitiu notas fiscais inidôneas, visto que destinadas à contribuinte inexistente e que teve sua inscrição cancelada”.

Sobre o tema dos autos, este é o entendimento deste TJDF:

(...)

5. Aferido que os atos levados a efeito pelos agentes tributários encontram respaldo legal, não tendo exorbitado da moldura legislativa nem incorrendo em qualquer excesso, encerrando simples exercício do direito e do poder de polícia resguardados à autoridade tributária por terem implicado simplesmente a autuação e apenação da contribuinte que atuava à margem do legalmente exigido, devem ser preservados.

6. Emerge da averiguação da existência de infração tributária, decorrente da ausência do pagamento do tributo devido e da emissão de documento fiscal inidôneo, eis que informara endereço diverso daquele de onde derivaram as mercadorias negociadas por sociedade empresarial, com intuito de se exonerar do pagamento do ICMS, restara a Fazenda Pública legitimada a autuar e multar o contribuinte infrator, na forma prevista na legislação tributária distrital.

(...) (Acórdão n.624221, 20100111182470APC, Relator: TEÓFILO CAETANO, Revisor: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/09/2012, Publicado no DJE: 15/10/2012. Pág.: 75) grifei

TRIBUTÁRIO. ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. TRANSPORTE DE MERCADORIA SEM NOTA FISCAL. SITUAÇÃO IRREGULAR. ICMS. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA. TRANSPORTADOR. RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. DISPOSIÇÃO EXPRESSA DE LEI. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. SENTENÇA MANTIDA.

1 - Consoante previsão estatuída no artigo 57, inciso I, da Lei Distrital nº 1.254/96, constitui situação irregular o transporte de mercadoria sem o documento fiscal exigido pela lei ou acompanhada de documento fiscal inidôneo.

2 - Nos termos do artigo 5º, inciso XVI, da Lei Distrital nº 1.254/96, o fato gerador do imposto ocorre no momento da verificação da existência de mercadoria ou serviço em situação irregular.

3 - O sujeito passivo da relação jurídico-tributária pode tanto ser aquele que possui relação pessoal e direta com o respectivo fato gerador - contribuinte - quanto aquele que, sem possuir tal relação com o fato gerador, integrou a relação jurídica tributária como devedor de um tributo, desde que a tanto esteja obrigado por força de lei - responsável tributário.

4 - É possível, e também comum, que se atribua ao transportador a responsabilidade tributária pelo pagamento do ICMS relativo às mercadorias que transporta, com a finalidade de facilitar e assegurar a tributação. Basta, para tanto, que haja disposição expressa na lei em sentido formal acerca dessa circunstância.

5 - O art. 28 da Lei Distrital nº 1.254/96 expressamente atribui responsabilidade solidária ao transportador pelo pagamento do imposto que da norma se origina.

6 - Paira sobre o ato administrativo presunção de legitimidade e legalidade e, assim, sem que haja demonstração inequívoca da ilegalidade do ato impugnado, não há como suspender os seus efeitos.

Apelação Cível desprovida.

(Acórdão n.864066, 20120111029642APC, Relator: ANGELO PASSARELI, Revisor: MARIA DE LOURDES ABREU, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 29/04/2015, Publicado no DJE: 05/05/2015. Pág.: 244) grifei

Conforme restou demonstrado nos autos eletrônicos administrativos, o Auto de Infração foi lavrado por servidor competente e conteve os requisitos obrigatórios definidos pelo art. 25 da lei nº 4.567/2011, *verbis*:

O Auto de Infração e o Auto de Infração e Apreensão serão lavrados por servidor competente e conterão, obrigatoriamente:

I – identificação do autuado;

II – local, data e hora de sua lavratura;

III – descrição do fato;

IV – disposição legal infringida e penalidade aplicável;

V – valor do crédito tributário e intimação para recolher ou apresentar impugnação no prazo de até 30 (trinta) dias;

VI – nome e assinatura do autuante, indicação do seu cargo ou função e número da matrícula.

§ 1º – Tratando-se de emissão eletrônica, a exigência constante do inciso VI do *caput* será disciplinada na forma do regulamento.

§ 2º – O Auto de Infração e Apreensão será lavrado quando forem encontrados bens ou mercadorias que constituam prova material de infração.

§ 3º – Indicar-se-á, no Auto de Infração e Apreensão, o local em que serão depositados os bens ou as mercadorias apreendidos, assim como seus valores, se for o caso.

O mencionado termo de declaração encontra-se anexado no id 5131721 e o contrato de locação no id 5131701, demonstrando-se que a **empresa Souza e Silva LTDA não tinha estabelecimento no local.**

Vislumbra-se, diante da descrição legal em comento, a ausência de qualquer irregularidade capaz de tornar nulo o auto de infração lavrado pela autoridade fiscal, haja vista a infringência apontada pelo auto, juntamente com as notas fiscais apresentada no id 5131701.

Consta no relatório de emissão nº 09/2015 que, em verificação no local do endereço cadastral, foi possível identificar o seguinte:

Foi identificado, ainda, que no endereço cadastrado como sendo o de residência do sócio/responsável, qual seja: QNP 14, conjunto R casa 37 – Ceilândia Sul – DF; nunca residiu o Sr. Dian Carlos de Souza. A atual locatária da residência emitiu Termo de Declaração (anexo 4), o qual afirma que aluga o citado imóvel desde o ano de 2007 e que o Sr. Dian Carlos de Souza nunca residiu ali. Juntou, ainda, cópia do contrato de locação (anexo 6).

No que tange ao argumento da apelada, em sede de contrarrazões, de que afastaria a sua responsabilidade pelo simples fato das operações terem ocorrido na modalidade *free on board* – FOB, qual seja, transporte realizado por conta e risco do destinatário, tem-se que não merece prosperar.

O que se discute é a responsabilidade da empresa autora em ter emitido diversas notas fiscais a outra empresa que não tem domicílio fiscal no Distrito Federal. Independentemente de a operação se realizar por meio de transporte por conta e risco do destinatário, o art. 124 do Código Tributário Nacional é claro ao dispor acerca da responsabilidade solidária quanto ao fato gerador discutido.

Portanto, conforme dito, diante dos documentos acostado aos autos, bem como da ausente instrução probatória desconstitutiva que haveria de ser produzida no momento adequado, tem-se por regular o auto do processo administrativo, por meio do qual restou integralmente mantido o lançamento do crédito tributário decorrente do Auto de Infração e Imposição de Multa – AIIM -, nº 2.975/2015, lavrado pela Gerência de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Coordenação de Fiscalização Tributária da SEFAZ/DF.

Não se pode perder de vista, outrossim, que a ninguém é dado o direito de se beneficiar da própria torpeza, ou seja, por mais de 12 meses a empresa apelada emitiu notas fiscais para venda de mercadorias ao outro estabelecimento comercial que nunca situou no endereço descrito nos documentos fiscais, prevalecendo, portanto, a presunção legal da autuação e a responsabilidade solidária do pagamento do tributo.

Diante do exposto, **CONHEÇO e DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação do Distrito Federal para julgar improcedente os pedidos deduzidos na petição inicial da demanda anulatória de auto de infração.

Inverto os ônus sucumbenciais e condeno a apelante INDÚSTRIA REUNIDAS DE BEBIDAS

TATUZINHO 3 FAZENDAS LTDA ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios fixados na sentença.

É como voto.

A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador ESDRAS NEVES - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECIDO. PROVIDO. UNÂNIME.