

PROCESSO - A. I. Nº 299689.0215/07-6
RECORRENTE - DATEN TECNOLOGIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0346-02/07
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 17/06/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0186-11/08

EMENTA: ICMS. ENTREGA DE MERCADORIAS A DESTINATÁRIO DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Alteração de ofício da Decisão recorrida para estabelecer o “quantum” originalmente lançado, porquanto no cálculo do imposto devido o autuante já havia aplicado a redução de base de cálculo arremada no art. 87, inciso V, do RICMS/BA, o que não foi observado pela Primeira Instância. Rejeitado o pedido de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 2ª JJF através do Acórdão JJF nº 0346-02/0, que julgou Procedente o Auto de Infração acima indicado, lavrado em 10/07/2007, exigindo ICMS no valor de R\$34.066,03, acrescido de multa de 100%, em decorrência da entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal.

Em Primeira Instância, em preliminar o relator da JJF ressaltou que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, além do que não deveria ser decretada a nulidade do Auto de Infração, como suscitado pelo sujeito passivo, tendo em vista que não houve afronta ao princípio do não confisco ou da ampla defesa, já que a multa aplicada está prevista no art.42, inciso IV, “c” da lei 7.014/97 e o autuado teve o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar sua impugnação, o que ocorreu efetivamente, não se observando qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99.

No mérito, o julgamento pela procedência da autuação trouxe as seguintes fundamentações como embasamento ao seu “*decisum*”, resumidamente:

- I. que a alegação defensiva de que as mercadorias somente são vendidas juntamente com os produtos industrializados pelo autuado, configurando-se parte integrante dos produtos industrializados, que são a Central de Processamento de Dados - CPU's, não têm o condão de elidir a ação fiscal, uma vez que o monitor para computador pode ser vendido juntamente com a CPU ou isoladamente;
- II. que de igual modo não pode ser acolhido o argumento defensivo de que se trata de mercadoria enquadrada no regime de diferimento, uma vez que as mercadorias estavam em estabelecimento clandestino;
- III. que também não pode ser acolhido o pedido para converter o valor autuado em multa no valor de R\$460,00, prevista no artigo 42, XV, alínea “g” do RICMS/97, uma vez que a Decisão exarada do Acórdão CJF 0381/99, não se aplica ao caso em tela, já que no caso presente se trata de estabelecimento clandestino;
- IV. com relação à redução da base de cálculo em 58,825%, de modo que a carga tributária incidente corresponda a 7%, conforme prevista no artigo 87, V, do RICMS/97, razão assisti ao autuado, devendo o valor do débito ser reduzido para R\$27.252,82, conforme demonstrado na informação fiscal.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 62 a 69 - através de advogado regularmente constituído, requerendo a reforma da Decisão de Primeira Instância apresentando os seguintes fundamentos ao seu pleito:

- I. que o Fisco desconsiderou a verdade material, pois o estabelecimento era do próprio autuado, não havendo qualquer clandestinidade, inclusive pelo fato de que o próprio Fisco desde a lavratura do presente Auto de Infração vem autorizando o funcionamento do galpão pelo autuado, sem necessidade de inscrição estadual, que demonstra que o mesmo sempre foi do autuado, na havendo qualquer fraude para burlar o Fisco;
- II. que não se aplica a regra do art. 150, I, “n” do RICMS/BA, pois não se trata de depósito fechado, não necessitando de inscrição, mas apenas de autorização para manter as mercadorias da próprio autuado provisória, o que foi deferido, conforme documentos que anexa – fls. 72 a 74 - comprovando sua boa-fé;
- III. afirma que no referido local estavam sendo descarregados os produtos pertencentes à empresa, pois havia firmado um contrato de aluguel com vigência de 12 meses, dois dias antes da autuação para que fossem armazenados os produtos utilizados no seu processo produtivo, conforme contrato acostado aos autos desde a defesa – fls. 75 e 76 - não tendo havido tempo hábil para providenciar a documentação necessária para solicitar a autorização da SEFAZ para regularizar o uso do depósito;
- IV. informa que de fato não tinha providenciado a tempo a regularização da comunicação para a SEFAZ que estaria utilizando o local como depósito, porém entende que não houve fraude, pois não ficou caracterizado que havia uma operação de venda, pois no local não funciona empresa de informática;
- V. que os produtos apreendidos estão abrigados pelo regime do diferimento previsto no art. 4.316/96, nos termos do seu art. 1º-A, inciso II, “b”, e que não é verdade que os monitores utilizados pelo recorrente são vendidos separadamente das CPUs, pois sempre fazem parte delas, sendo vendidos conjuntamente, como comprovam as notas fiscais de saídas da empresa, indagando se caso a mercadoria tivesse sido entregue no endereço constante das notas fiscais haveria a incidência do ICMS, e se resposta for negativa, como de fato é, se poderia a autuante considerar a operação como tributável;
- VI. aduz que não há imposto a pagar, pois gozando do benefício em tela não há que se falar em sanção pelo dever de recolher o imposto em decorrência do fato da entrega de mercadoria em outro estabelecimento, já que teria ficado comprovado que o local onde estava sendo descarregada a mercadoria era de posse da própria empresa.

Ao final, requer o julgamento pela improcedência da autuação ou que se converta a infração para o previsto no art. 42, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, ao tempo que protestando por todos os meios de prova em direito admitidos, requer seja o procedimento convertido em diligência para que o Inspetor Fazendário ateste a autorização para funcionamento do galpão, sem que tivesse sido constatada qualquer irregularidade.

A PGE/PROFIS, em opinativo às fls. 80 a 87 – opina preliminarmente pelo indeferimento da diligência, posto que as comunicações feitas a SEFAZ – constantes dos autos - são posteriores à data do Auto de Infração e a eventual resposta do inspetor fazendário não iria interferir nos fatos que motivaram a autuação fiscal. No mérito, aduz que o próprio recorrente reconhece o cometimento da infração que lhe é imputada, divergindo do autuante quanto às suas consequências jurídicas. Assevera que está caracterizada a clandestinidade do depósito quando da lavratura do Auto de Infração, e que a legislação impõe ao contribuinte a obrigação de se inscrever no cadastro antes do início de suas atividades e que no caso vertente a legislação não dispensa ou permite a manutenção de uma única inscrição cadastral, o que obedece ao princípio da autonomia dos estabelecimentos. Refuta a alegação do contribuinte de que a operação gozaria de diferimento, ao argumento de que os monitores autuados não se constituem em matéria-prima, podendo, assim, serem vendidos separadamente ou em conjunto, e que o ordenamento jurídico veda a prática de venda casada, concluindo que os referidos produtos não poderiam ser enquadrados na regra de diferimento citada pelo recorrente.

Afirma, ainda, que a empresa não comprova sua condição de fabricante, exigida pela norma, além de não comprovar possuir todos os requisitos exigidos pelo Decreto nº 4.316/95 e nem sua habilitação perante SEFAZ, acrescentando que o estabelecimento recebedor das mercadorias não estava inscrito, não podendo, assim, habilitar-se para usufruir do citado tratamento tributário, portanto sendo devida a cobrança antecipada do ICMS. Conclui que a multa aplicada está correta, pois aplicada dentro do princípio da legalidade e da tipicidade, e se refere ao fato confessado pelo próprio contribuinte; que não poderia ser convertida esta multa na prevista no inciso XV, art. 42 da Lei nº 7.014/96 e que caberia inclusive a lavratura de outro Auto de Infração para cobrar a multa pelo descumprimento da obrigação acessória, conforme autoriza o §4º do referido diploma legal.

VOTO

Inicialmente devemos registrar que comungamos com o opinativo da PGE/PROFIS no sentido da desnecessidade da diligência requerida, visto que a informação que poderia ser obtida não teria o condão de influir na apreciação da matéria, posto que as solicitações de autorização - e de sua prorrogação - para depósito de suas mercadorias em local diverso do seu estabelecimento foram apresentadas apenas depois da presente autuação.

No mérito, também comungamos com o opinativo da PGE/PROFIS e com a Decisão recorrida, posto que, quando da ação fiscal, de fato as mercadorias de propriedade do recorrente estavam sendo descarregadas em local diverso do constante nos documentos fiscais que acobertavam sua circulação; local este, frise-se, sem inscrição estadual, o que é confessado pelo próprio contribuinte autuado.

E de fato, nas Notas Fiscais de nºs 032862 e 032886, emitidas pela Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., de Manaus, constava como destinatário a DATEN TECNOLOGIA LTDA, recorrente, com endereço à Siridião Durval, 520, Lot. 21/22, Ilhéus, no entanto as mercadorias nelas constantes estavam sendo descarregadas na Av. Lomanto Júnior, 786, Pontal, Ilhéus, tudo devidamente documentado pelo Termo de Apreensão nº 126555, acostado aos autos às fls. 05 dos autos, como determina o art. 960 do RICMS, abaixo transcrito:

“Art. 940. O fisco estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:

III - as mercadorias encontradas em local diverso do indicado na documentação fiscal; “

A Fiscalização de Trânsito de Mercadoria agiu corretamente, portanto, ao efetuar a lavratura do presente Auto de Infração ao constatar a entrega de mercadoria em local diverso, o que torna inidônea a documentação fiscal que acobertava a circulação das mesmas, impondo a cobrança do imposto antecipadamente, com base no art. 125, V e aplicação da multa respectiva, arrimada no art. 42, IV, “c” da Lei nº 7.014/96, abaixo transcritos:

“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

V - na constatação da existência de estabelecimento em situação cadastral irregular, em relação ao estoque de mercadorias nele encontrado; ”. Grifos nossos

Art.42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

IV - 100% do valor do imposto:

c) quando a mercadoria for entregue ou o serviço for prestado a destinatário ou usuário diverso do indicado no documento fiscal; Grifos nossos.

A argumentação do recorrente de que não houve fraude, pois a própria SEFAZ teria posteriormente autorizado a utilização do local como depósito de suas mercadorias, não é suficiente para elidir a infração cometida, perfeitamente caracterizada quando da ação fiscal. Registre-se que caberia ao contribuinte, antes da remessa das mercadorias, providenciar a devida autorização para depositá-las em local diverso do seu estabelecimento, cabendo, agora, assumir as consequências da sua omissão, que desencadeou a exigência em tela e a multa respectiva, devidamente tipificada na lei, como acima visto, o que, cabe observar, afasta o pleito do

recorrente de conversão da multa aplicada no presente lançamento de ofício na multa disposta no inciso XIV do art. 42 do diploma legal citado.

Por último, também não merece guarida a alegação de que a operação estaria sujeita ao diferimento com base no Decreto nº 4.316/95, o que afastaria a exigência de imposto, posto que se constata dos documentos fiscais que embasaram a autuação que se trata de aquisição realizada em outro Estado, operação não contemplada pelas regras do referido decreto como sujeitas a diferimento, independentemente da questão suscitada se os monitores seriam vendidos separadamente ou conjuntamente.

E de fato, o diferimento a que se refere o diploma regulamentar citado somente se aplica nas importações do exterior e nas operações internas efetuadas por qualquer estabelecimento que destine bens do ativo imobilizado, matérias-primas, material intermediário e embalagens, partes, peças e componentes (a serem utilizados exclusivamente no processo produtivo) a estabelecimentos industriais fabricantes de máquinas e aparelhos elétricos, eletrônicos, eletro-eletrônicos e de telecomunicações, de suportes ópticos, de equipamentos de informática, cabos, fios de alumínio e de fibra ótica, bem como nas aquisições em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, efetuadas pelos estabelecimentos industriais fabricantes acima mencionados, de bens destinados ao seu ativo imobilizado.

Registre-se, por fim, que a Decisão de Primeira Instância equivocadamente entendeu que não teria sido aplicada a redução de base de cálculo consignada no art. 87, V do RICMSBA - aplicável à espécie por se tratar de produtos de informática (monitores), expressamente listados no item 7 do ANEXO 5-A do referido diploma regulamentar, a que se refere o dispositivo em comento - o que levou a redução do quantum inicialmente lançado e, em consequência, ao julgamento pela procedência em parte da autuação, para ser exigido o imposto no valor de R\$27.252,82. No entanto, constatamos da análise do demonstrativo de débito elaborado pelo autuante às fls. 03, que o mesmo já havia efetuado a redução em tela, devendo, assim, ser restabelecido de ofício o valor do imposto inicialmente exigido, no montante de R\$34.066,03, o que torna o Auto de Infração em epígrafe totalmente Procedente.

Consigne-se, por oportuno, que a presente alteração de ofício encontra lastro pela constatação do chamado “*error in judicando*” do órgão de Primeira Instância, ou seja, vício de juízo, que permite a sua modificação pelo órgão julgador de Segunda Instância, dentro da sua função de órgão revisor.

Assim, diante das razões acima aduzidas, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, ao tempo que de ofício alteramos a Decisão Recorrida para restabelecer o valor originariamente exigido, julgando o Auto de Infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e modificar, de ofício, a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299689.0215/07-6**, lavrado contra **DATEN TECNOLOGIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.066,03**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS