

A. I. Nº - 232137.0111/10-1
AUTUADO - IMUNOSYSTEMS COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ADEMAR DA SILVA MACHADO
ORIGEM - IFMT DAT NORTE
INTERNET - 05/04/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0057-03/11

EMENTA: ICMS. VENDA INTERESTADUAL DE MERCADORIA (MATERIAIS DE USO MÉDICO) SEM DESTAQUE DO ICMS NO DOCUMENTO FISCAL. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Contribuinte não comprovou que as mercadorias apreendidas destinavam-se a locação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/10/2010, refere-se à exigência de R\$43.800,00 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatada operação com mercadoria tributável declarada como não tributável, conforme NFs 032027 e 032028. Consta, na descrição dos fatos, que o autuado foi identificado realizando venda de equipamentos para uso médico – hospitalar, para contribuinte da cidade de São Paulo, sem destaque do ICMS, e o destinatário, Rem Indústria e Comércio Ltda., tem como atividade econômica o comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios, conforme cadastros da SEFAZ, ficando configurada uma operação de venda interestadual sem a devida tributação.

Como prova do ilícito fiscal foi lavrado o Termo de Apreensão nº 232137.0108/10-0, fls.05/06.

O autuado, mediante advogado, procuração fl. 52, apresentou impugnação (fls. 37/47), inicialmente reproduz a acusação que lhe foi imputada, afirmando não haver correlação entre operação por ele realizada que classifica como “Remessa para Locação”, com aquela que lhe foi imputada pelo autuante, “operação de compra e venda”, com enquadramento no art. 219, V do RICMS/BA, que transcreve.

Diz que depreende-se da leitura do citado artigo, que o mesmo aborda exclusivamente a questão da composição da nota fiscal quanto ao quadro “Cálculo do Imposto”, limitando-se suas alíneas às questões referentes ao preenchimento da nota fiscal quanto à base de cálculo e valores.

Assevera que o enquadramento não aborda o tema da classificação errônea da operação, portanto não havendo subsunção entre a suposta infração e o texto legal, devendo o presente auto ser julgado nulo, por não determinar com segurança a natureza da infração, nos termos do art. 18, §1º e art. 39, III do RPAF/99, que transcreve.

Cita e transcreve Acórdãos deste CONSEF e também julgados da esfera da União, em manifestações sobre temas similares, para reforçar sua tese a respeito da nulidade do auto de infração.

Relativo ao mérito, diz que a autuação foi fundamentada sobre a alegação de que o autuado não teria comprovado que a operação tratava-se de uma locação, pois teria apresentado via fax, o contrato de locação dos equipamentos sem a assinatura do locador, data de formalização do contrato posterior à emissão das notas fiscais e destino dos equipamentos a usuário diverso do mencionado nos documentos fiscais.

Sobre estas afirmações, primeiro diz que basta uma simples conferência no contrato de locação que anexa para verificar definitivamente que o mesmo está assinado pelo Locador e Locatário. Relativo a formalização do contrato em data posterior a emissão das notas fiscais afirma que estas foram emitidas em 14/10/2010, enquanto o contrato foi firmado em 15/10/2010, com firmas reconhecidas em cartórios de São Paulo e Salvador, dias 20 e 22/10/2010, respectivamente. Assevera que este fato, por si só, não autoriza a lavratura do presente auto de infração, pois isto em nada descaracteriza a natureza jurídica da transação, por não ser elemento essencial ao negócio jurídico, e que o art. 107 do Código Civil estabelece que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, exceto quando uma lei a exigir, o que não é o caso.

Salienta que independente de a data de conclusão do contrato escrito de locação de equipamento, entre a empresa autuada e a REM Ind e Comércio ter sido anterior ou posterior a emissão das notas fiscais, está anexando e-mails trocados entre ambas as empresas, que comprovam toda a transação, assim como a vontade das partes em firmarem o referido contrato, cujo proposta de locação foi encaminhada no dia 01.10.2010 para a empresa REM Industria e Comercio, a qual aceitou a mesma no dia 05/10/2010, e portanto, com a expedição da aceitação expressa pela empresa contratante à luz dos artigos 433 e 434 do Código Civil, que transcreve, neste exato momento o contrato de locação reputou-se perfeito e acabado.

Sobre a acusação do autuante de que os equipamentos se destinavam a usuário diverso do mencionado nos documentos fiscais, diz que o contrato foi firmado entre a defendente e a firma REM Industria e Comércio Ltda, localizada no estado de São Paulo, mas os equipamentos locados seriam utilizados pela empresa Central Sorológica Rio Grande do Sul Ltda, conforme estabelecido na Cláusula Primeira do Contrato, e após o recebimento destes, a locatária daria a destinação prevista no contrato de locação emitindo uma nota fiscal que acobertaria o transporte, ou seja, no momento da autuação era a Empresa REM Industria e Comércio a destinatária dos equipamentos, sendo irrelevante quem seria o usuário dos mesmos em momento posterior.

Conclui afirmando que agiu em conformidade com a legislação emitindo as notas fiscais em nome do destinatário dos equipamentos e não em nome de quem futuramente os usaria conforme entendeu equivocadamente o autuante, requerendo seja julgado nulo ou improcedente o auto de infração combatido.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 70/72 dos autos, faz um breve resumo dos motivos da autuação e das alegações defensivas, para afirmar que não houve cerceamento do direito de defesa, uma vez que o auto contém a precisa identificação dos elementos determinantes da infração, sem qualquer prejuízo à defesa do autuado, tanto que ele investe contra todos os termos da autuação.

Informa que foi constatado o trânsito de mercadorias acompanhadas das notas fiscais 32207 e 32208, destinadas a empresa REM Indústria e Comércio Ltda, estabelecida no estado de São Paulo, com a classificação da operação “Outras Saídas Não Especificadas”, e ao ser solicitado que contribuinte comprovasse a regularidade de tal operação, este afirmou tratar-se de serviços de locação. Solicitado que apresentasse prova da regularidade apresentando o contrato de Locação, o mesmo não o fez, pois, no transcurso da ação fiscal o contrato apresentou as irregularidades já delineadas na descrição dos fatos no auto de infração e que somente na defesa o autuado apresentou uma nova cópia do contrato com a idoneidade exigida pela lei.

Afirma que fez o correto enquadramento da infração, pois está clara a descrição dos fatos como descumprimento de obrigação tributária, visto que refere-se a exigência do ICMS em operação normal, ficando inferido que as alíneas aplicáveis ao caso, conforme art. 219, V do RICMS/BA, são as alíneas “a” e “b”, pois as demais tratam de obrigações acessórias. Além disso, conforme a lei, as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na capitulação legal, não acarretam a nulidade do auto de infração.

Salienta que o montante do débito tributário está consignado no demonstrativo do débito da fl. 03. Diz chamar a atenção dos nobres julgadores para o fato da empresa autuada ser exclusivamente de natureza comercial e exercer atividade passível de tributação pelo ICMS, conforme evidencia cópia de seu contrato social, e a forma como está registrada no cadastro de ICMS da SEFAZ, não estando credenciada para exercer atividade de prestação de serviços de locação de qualquer natureza.

Relativo ao contrato de locação inicialmente apresentado, diz que do mesmo não constava a assinatura do locador, o que só foi providenciado após a realização da ação fiscal. Afirmar ainda, que a respeito da alegação de que os equipamentos seriam posteriormente enviados para empresa estabelecida no Rio Grande do Sul, diz ser importante observar que a atividade econômica da empresa locatária é comercial atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico hospitalar e de laboratórios, o que se coaduna com a tese de que a operação é comercial de compra e venda, entre a remetente e a destinatária.

Chama a atenção para o fato de que na cópia do contrato apresentado existe uma cláusula que veda a alienação, locação e empréstimo dos equipamentos – Cláusula 4ª, item 4.1.5, entretanto autuado declara que os bens, alegadamente locados, serão destinados a usuário diverso, conforme cláusula 1ª, item 1.1 do mesmo contrato. Conclui que as alegações do autuado não têm consistência para invalidar a autuação e que a exigência fiscal deve prosperar quanto ao imposto exigido.

VOTO

O Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS tendo em vista que foi constatado no trânsito operação com mercadoria tributável declarada como não tributável, conforme NFs 032027 e 032028. Consta, na descrição dos fatos, que o autuado não comprovou serem as mercadorias destinadas a locação conforme as notas fiscais mencionadas e como prova do ilícito foi lavrado o Termo de Apreensão nº 232137.0108/10-0, fls.05/06.

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade apresentado nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os elementos que deram origem à exigência fiscal. Não se verifica no processo pressupostos elencados no artigo 18 do RPAF, e o autuado compreendeu perfeitamente a irregularidade que lhe foi imputada conforme se depreende de sua defesa.

No mérito, o autuado alega que emitiu as notas fiscais objeto da autuação considerando que as mercadorias ali consignadas, equipamentos para uso clínico médico-hospitalar, destinavam-se a cumprimento de um contrato de locação firmado com a empresa Rem Indústria e Comércio Ltda., estabelecida no estado de São Paulo, e que posteriormente, seriam utilizados na Central Sorológica do Rio Grande do Sul Ltda, em Porto Alegre, RS.

O autuante informa que na verdade trata-se de uma operação mercantil, sujeita a tributação pelo ICMS, e que o autuado não apresentou a prova idônea da regularidade desta operação que seria o contrato de locação, só o fazendo após a ação fiscal.

Compulsando os autos verifico que das notas fiscais nº 32027 e 320278, fls.7/8, que foram emitidas em 14.10.2010 constam como natureza da operação “Outras Saídas Não Especificadas”. A cópia do contrato de locação inicialmente apresentado, fls.10/13, conforme informado pelo autuante, não contém a assinatura do locador, e só foi formalizado após a emissão das notas fiscais, dia 15.10.2010. Os equipamentos serão destinados a usuário diverso do mencionado nos documentos fiscais. Considerando que o mencionado contrato de locação só foi regularizado dia 22.10.2010, data de registro em Salvador, quando o auto de infração foi lavrado em 21/10/2010, tal procedimento contraria frontalmente disposição regulamentar expressa no §5º do artigo 911 do RICMS/BA, *in verbis*:

Art. 911. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 915;

§5º O trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal.

Observo ainda, que tanto emitente como destinatário das notas fiscais são contribuintes do imposto e atuam no ramo de comercialização de equipamentos para uso clínico médico-hospitalar, produtos que guardam perfeita consonância com as mercadorias apreendidas.

Da análise dos elementos constantes dos autos, inclusive dos documentos colacionados pelo defendente, observo que considerando as datas consignadas nos documentos apresentados, contrato de locação posterior à emissão das notas fiscais, além da falta de registro nas mencionadas notas fiscais da natureza da operação como locação, concluo que são insuficientes as provas apresentadas e que não há evidência insofismável de que a operação trata-se efetivamente de locação, como alegou o autuado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 232137.0111/10-1**, lavrado contra **IMUNOSYSTEMS COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 43.800,00**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR