

A. I. Nº. - 213080.0005/10-3
AUTUADO - JOSÉ AFONSO DA MOTA
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 24. 05. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JF Nº 0134-01/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL. INIDONEIDADE. ENTREGA DE MERCADORIA EM LOCAL DIVERSO DO INDICADO NA DOCUMENTAÇÃO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Apesar de as mercadorias se encontrarem acobertadas por documentos fiscais, estes são inidôneos, pois embora preencham os requisitos extrínsecos previstos na legislação, as mercadorias estavam sendo entregues em estabelecimento diverso do indicado nos documentos, desvinculando-se da operação à qual correspondia. Comprovado nos autos a entrega de mercadorias em estabelecimento diverso do indicado nos documentos fiscais. Infração caracterizada. Não acatadas as arguições de nulidade nem apreciado o pedido de declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária do Estado da Bahia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 05/04/2010, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$46.580,00, acrescido da multa de 100%, em decorrência da entrega de mercadorias em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal. Na “Descrição dos Fatos” foi acrescentado que mercadorias destinadas à empresa Maveq Locadora Ltda., inscrição estadual nº. 70.699.100, localizada na Av. Dorival Caymmi, 490 – Itapoan – Salvador – BA, estavam sendo entregues efetivamente na empresa Maveq Equipamentos Ltda., inscrição estadual 35.643.054, à Trav. São Judas Tadeu, S/N, Lt 01, Qd. A – Itinga – Lauro de Freitas – BA, portanto em local diverso do constante na documentação fiscal.

No Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº. 300.978 à fl. 03 consta que se refere aos DANFES de nº.s 941 a 944.

A empresa Maveq Locadora Ltda. ingressou com impugnação às fls. 21 a 23, aduzindo que em 29/03/2010, os equipamentos constantes nas Notas Fiscais de nº.s 941, 942, 943 e 944 foram apreendidos e, após, autuados, em razão de serem destinados à Maveq Locadora Ltda., “*sendo efetivamente entregues*” na empresa Maveq Equipamentos Ltda., “*portanto em local diverso do constante na documentação fiscal*”. Salienta que a autuação foi contra o Sr. José Afonso da Mota, na qualidade de responsável solidário, porém não há qualquer empecilho legal em que a impugnação seja feita pela Maveq Locadora Ltda., por se tratar de contribuinte de direito.

Realça que, ao contrário do constante na autuação, os equipamentos não foram efetivamente entregues na empresa Maveq Equipamentos Ltda., uma vez que, constatado o equívoco por seus prepostos, assim que tomaram ciência dos documentos fiscais, solicitaram ao motorista que

realizasse a entrega no endereço indicado nas notas fiscais: Av. Dorival Caymmi, 490, Itapuã, Salvador – BA.

Aduz que tal equívoco decorreu da desatenção do motorista, ao confundir as empresas, ambas com nomes semelhantes e atuando no mesmo segmento: locação de máquinas e equipamentos para construção civil. Diz que por desenvolver essa atividade, não é contribuinte do ICMS, o que torna a autuação improcedente.

Transcreve o art. 42, inciso IV, alínea “c”, e o § 6º da Lei nº 7.014/96, que estabelecem a multa de 100% quando a mercadoria for entregue a destinatário diverso do indicado no documento fiscal e que o pagamento da multa não dispensa a exigência do imposto, quando devido, nem a imposição de outras penalidades. Esclarece que, no entanto, de acordo com os artigos 1º, inciso I e 5º da mesma Lei o ICMS incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias e que contribuinte é a pessoa que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias.

Frisa que a noção de mercadoria, para fins de tributação pelo ICMS, refere-se a bem móvel, objeto de mercancia, e que, integrado ao estoque da empresa, destina-se à revenda. E como a natureza mercantil de um bem decorre de sua destinação específica, conclui-se que, no seu caso, os compressores foram adquiridos para integrar o seu ativo fixo, para atender sua atividade fim – locação de bens móveis – não tendo a característica de mercadoria, pois conforme se verifica nas notas fiscais, sobre os equipamentos incidiu a alíquota de 18%.

E considerando que de acordo com o art. 5º da Lei nº 7.014/96 não é contribuinte do ICMS, não se configura o fato gerador do imposto, não havendo como prosperar a autuação. Nesse sentido, faz uso do art. 6º, inciso XVI do RICMS/BA, que estabelece que não incide o imposto nas situações em que não se configure o seu fato gerador. Acrescenta que mesmo que fosse contribuinte de ICMS, a atitude tipificada no Auto de Infração foi praticada sem qualquer intenção de dolo, fraude ou simulação.

Destaca que os documentos fiscais não podem ser considerados inidôneos, uma vez que de acordo com o art. 209, inciso VI do RICMS/BA, será considerado inidôneo o documento que tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude, e esta se caracteriza pela violação direta e consciente do contribuinte à lei ou ao regulamento fiscal. No entanto, por não ser contribuinte do ICMS, adquiriu os equipamentos à alíquota de 18% no estado de origem, não sendo devido o imposto à Bahia.

Por tais razões, requer que seja decretado, de ofício, a total improcedência do Auto de Infração, bem como que se determine a suspensão das penalidades até o trânsito em julgado do presente processo. Requer provar o alegado por todos os meios de prova inscritos ou não defesos em lei.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 39/40, salientando que a ação fiscal foi baseada nos princípios que norteiam o processo administrativo fiscal, tendo sido totalmente lastreada em provas materiais. Consigna que a administração recebeu uma denúncia (fl. 09), de que o impugnante possuía dois estabelecimentos, sendo um prestador de serviços, enquanto o outro se dedicava à venda de equipamentos. Assim, tendo sido verificado no Sintegra que a empresa prestadora de serviços adquirira diversos produtos, os postos fiscais foram alertados para que informassem quando as mercadorias destinadas à empresa transitassem pelos mesmos.

Desta forma, a sua equipe volante recebeu um pedido de diligência, por parte da supervisão, quando se dirigiu ao local, ficando à espera da chegada das mercadorias. Diz que para lastrear a ação fiscal, ficaram aguardando o descarregamento e, somente após, abordaram o contribuinte, solicitando a documentação, constatando, assim, a entrega das mercadorias em local diverso do indicado na documentação fiscal, ou seja, na unidade revendedora dos equipamentos, o que confirmou a procedência da denúncia.

Frisa que ao analisar a documentação, estranhou se referir a quatro DANFES distintos, emitidos para o mesmo contribuinte e cada um referindo-se a um compressor, concluindo que se tratava de uma simulação de venda para consumidor final, com a finalidade de sonegar o imposto. Destaca que as mercadorias permaneceram no local da descarga, ficando o estabelecimento recebedor como fiel depositário dos produtos (fl. 03), pois a entrega nesse local tratava-se de uma prova material em favor do Fisco.

Realça que a argumentação de que houve uma suposta “*desatenção do motorista*” não tem procedência, pois trata-se de uma denúncia comprovada, de modo que a infração somente foi constatada em razão dessa denúncia. Ressalta que a acusação é objetiva e cristalina “*Entrega de mercadorias a destinatário diverso do constante na nota fiscal que acoberta a operação*”, significando que a mercadoria se destinava a uma empresa não contribuinte do ICMS e foi comprovada a sua entrega em outra empresa, que é contribuinte do imposto.

Observa que a realidade é que existem duas empresas, sendo uma prestadora de serviços, que adquire os produtos, e outra, que comercializa as mesmas mercadorias, e que as recebeu. Assevera que para dar uma melhor idéia sobre os fatos, anexou às fls. 41 a 44, documentos do Sintegra, que revelam que a empresa prestadora de serviços nos exercícios de 2009 e 2010 adquiriu mercadorias em valor superior a R\$2.600.000,00, enquanto que aquela que comercializa os produtos comprou mercadorias no valor de R\$1.400.000,00.

Enfatiza que as provas materiais colhidas são irrefutáveis, enquanto que o impugnante não apresentou nenhuma prova ou evidência que descaracterize as alegações e provas produzidas pelo Fisco. Com base nesses fundamentos, mantém a ação fiscal em sua inteireza, sugerindo que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Cientificado a respeito da informação fiscal e anexos, o impugnante se manifestou às fls. 52 a 55, salientando que a autuante foi evasiva em suas declarações, de modo que suas argumentações carecem de credibilidade, pois afirmou que a autuação lastreou-se em provas irrefutáveis, porém entende que não há nos autos elementos que provem a materialidade da infração. Acrescenta que a autuação não atende aos princípios basilares do processo administrativo fiscal.

Reprisa que os equipamentos não foram entregues na sede da Maveq Equipamentos Ltda., pois ao constatarem o equívoco, seus prepostos solicitaram ao motorista que efetuassem a entrega no endereço indicado nas notas fiscais, sendo esta a verdade dos fatos.

Destaca que a Receita Estadual não pode eximir-se de indicar o infrator, como neste particular, pois, de início, a autuação se deu contra o transportador dos equipamentos, o Sr. José Afonso da Mota. Como a empresa Maveq Locadora Ltda. impugnou a autuação, ingressou na lide. Frisa que, conforme fl. 39, inadvertida e erroneamente, a autuante quis ingressar no polo passivo a empresa Maveq Equipamentos Ltda., o que ofende o princípio da garantia da ampla defesa, ao incluir, uma vez constituídos os autos, pessoa estranha à lide. Deve-se, portanto, reconhecer a nulidade da autuação por patente ofensa ao transcrito art. 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/BA.

Ressalta que os documentos de fls. 41/42, do Sintegra, informam as movimentações da empresa Maveq Equipamentos Ltda., que não foi autuada e que, conseqüentemente, não integra a presente lide, devendo tais documentos serem afastados.

Ressalta que a empresa Maveq Locadora Ltda., parte interessada na lide, atua com locação de máquinas e equipamentos para construção civil, não sendo contribuinte do ICMS, conforme faz prova a certidão da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (fl. 56). Diz que, por esta razão, adquire constantemente equipamentos, para atender à crescente demanda de seus clientes, as empresas de construção civil e similares. Observa que tais equipamentos compõem o seu ativo, de forma que os documentos do Sintegra às fls. 43/44 tratam de aquisições de maquinário, a exemplo da

Nota Fiscal de fl. 57, que junto aos contratos e às Notas Fiscais (fls. 58 a 116), confirmam a sua situação de não contribuinte.

Destaca ser flagrante a ofensa a outro princípio, o da verdade material, uma vez que se a autuante se detivesse em uma análise mais aprofundada das movimentações do Sintegra concluiria que não há incidência de ICMS, bastando, para tanto, uma circularização com os seus clientes.

Alega que uma denúncia, por si só, não pode ser considerada uma prova irrefutável para fundamentar uma autuação, mesmo porque a denúncia pode ter diversas motivações, a exemplo de um concorrente desleal ou um ex-funcionário ressentido, sendo inúmeros os casos em que uma denúncia, muitas vezes sem lastro probatório como neste caso, acarretam prejuízos incomensuráveis a um empreendimento, revestindo-se de manifesta má-fé.

Entende que as argumentações apresentadas demonstram que a autuação encontra-se eivada de vícios, que deverão acarretar a sua total nulidade. No entanto, reafirma que a empresa Maveq Locadora Ltda. não é contribuinte de ICMS.

Requer, mais uma vez, que o CONSEF decrete, de ofício, a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

De início, não acato a arguição de nulidade suscitada pelo impugnante, referindo-se ao fato de a autuante ter se reportado, na sua informação fiscal, ao contribuinte que recebeu as mercadorias objeto da ação fiscal e que fora nomeado como fiel depositário dos produtos, ou seja, a empresa Maveq Equipamentos Ltda. Observo que este fato não implicou em nenhuma ofensa ao princípio da garantia da ampla defesa, desde quando nenhum prejuízo acarretou àquele contribuinte, ao autuado ou mesmo ao impugnante. Ademais, de forma contrária à sugerida pelo defendente, o referido contribuinte não se trata de pessoa estranha à lide, haja vista que, na situação dos autos, foi a pessoa jurídica que recebeu as mercadorias relacionadas nas notas fiscais em questão, cujo destinatário se referia ao prestador de serviços. Por tais razões, descarto totalmente a alegação de que teria ocorrido ofensa ao disposto no art. 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

E com base nessas mesmas explicações, não concordo com o pedido de retirada dos autos dos documentos acostados às fls. 41/42, que se referem às aquisições de mercadorias pela empresa acima referida.

Deste modo, restam afastados os pedidos de nulidade apresentados pelo autuado, considerando, ademais, que o procedimento fiscal não contém nenhum vício, atendendo, deste modo, às determinações previstas no art. 39 do RPAF/BA, além do que, o impugnante, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou sua peça de defesa, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

No mérito, observo que através da presente autuação foi exigido o imposto, por ter sido comprovada a entrega das mercadorias (compressores portáteis) em local diverso do indicado nos DANFES de nºs 941 a 944.

Ao analisar as peças constitutivas deste processo, verifico que os referidos DANFES foram emitidos por Chicago Pneumatic Brasil, situada em Barueri - SP, tendo como destinatária a empresa Maveq Locadora Ltda., CNPJ nº. 16.483.612/0001-45, não inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia – CAD/ICMS, localizada na Av. Dorival Caymmi, nº 490 – Itapoan – Salvador – BA. De acordo com o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº. 300.978, no entanto, a mercadoria foi apreendida por ter sido entregue em outro estabelecimento, ou seja, à empresa Maveq Equipamentos

Ltda., CNPJ nº 41.988.031/0001-80, inscrição estadual nº 35.643.054, estabelecido na Trav. São Judas Tadeu, S/N, Lt 01, Quadra A – Itinga – Lauro de Freitas – BA.

Noto que o impugnante, que se refere à empresa destinatária das mercadorias, se insurgiu contra o lançamento, sob o entendimento que a autuação não teria sustentação, porque as mercadorias teriam sido encaminhadas para o seu estabelecimento, tão logo os funcionários perceberam o equívoco e, também, sob a alegação de que não se trata de contribuinte do imposto estadual, por se referir a prestador de serviços de locação de equipamentos.

Quanto ao primeiro ponto, saliento que as provas existentes no processo não deixam quaisquer dúvidas de que as mercadorias foram entregues de forma indevida, pelo transportador, em local diverso do indicado nos documentos fiscais, conforme atesta o detalhado histórico da ação fiscal trazido pela autuante, que culminou com a indicação da empresa que realmente recebera as mercadorias como sua fiel depositária. De forma contrária, o impugnante não apresentou nenhuma prova em favor de sua argumentação.

No que concerne à condição do destinatário de não contribuinte do ICMS, de forma inversa à observada pela defesa, entendo que este fato reforça a conclusão de que em razão de não estar obrigado a recolher o imposto estadual, sequer o ICMS relativo à diferença de alíquota decorrente da aquisição de equipamentos para integrarem o seu ativo imobilizado, tal situação permitia que os produtos fossem adquiridos em nome do estabelecimento prestador de serviços, sendo entregues no estabelecimento que atua com o comércio dos mesmos equipamentos, sem nenhuma possibilidade de controle por parte do Fisco.

Ademais, a ação fiscal que redundou na constatação da entrega das mencionadas mercadorias, de forma irregular, no estabelecimento da empresa Maveq Equipamentos Ltda., decorreu da apuração de denúncia que apontava a ocorrência justamente desse tipo de infração, ou seja, que a empresa locadora adquiria mercadorias, que ao chegarem eram efetivamente entregues no estabelecimento comercial, que as revendia sem a emissão das respectivas notas fiscais e, conseqüentemente, sem pagamento do ICMS devido.

Reputo de grande importância, pois também confirmam o acerto da ação fiscal, os documentos acostados pela autuante às fls. 41 a 44, que se referem ao levantamento das operações de aquisições ocorridas nos exercícios de 2009 e 2010, pesquisado através do Sintegra, que mostram que enquanto a empresa prestadora de serviços adquiriu mercadorias no valor total de R\$2.674.330,00, a unidade comercial, que efetua venda dos produtos, realizou compras de mercadorias no valor de R\$1.471.941,00, o que mostra que esta última realiza compras em montante bastante inferior.

Saliento que diante da constatação de um fato dessa natureza, ou seja, uma mercadoria sendo entregue em estabelecimento diverso daquele indicado nas notas fiscais, os documentos apresentados no momento da ação fiscal são efetivamente considerados inidôneos, nos termos do artigo 209, inciso VI do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, por significar que foram utilizados com o intuito de fraude, considerando a inadmissibilidade de uma mercadoria estar acobertada com documentos fiscais destinados a outro contribuinte.

Nestas circunstâncias, entendo que a irregularidade apontada no Auto de Infração está suficientemente comprovada, haja vista que a acusação fiscal se refere à entrega de mercadorias em local diverso do indicado nos documentos fiscais e considerando que a apreensão ocorreu em local que comprova onde as mesmas estavam sendo entregues. Observo, outrossim, que a multa está corretamente aplicada ao caso, estando prevista na Lei nº 7.014/96.

Vale acrescentar que, na presente situação, foi atribuída a responsabilidade solidária para pagamento do imposto ao transportador, pelo fato de ter sido identificada a entrega de mercadorias em local

diverso do indicado nos correspondentes documentos fiscais, em conformidade com o respectivo Termo de Apreensão.

Deste modo, invoco o RICMS/BA, cujas determinações contidas no art. 39, incisos I, alíneas “a” e “d” e V, §§ 3º e 4º, nos casos de responsabilidade por solidariedade, expressam:

“Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

a) que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação fiscal correspondente;

...

d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

V - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.

§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

§ 4º O responsável por solidariedade sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária, ressalvado, quanto ao síndico e ao comissário, o disposto no parágrafo único do art. 134 do Código Tributário Nacional.”

Diante do exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **213080.0005/10-3**, lavrado contra **JOSÉ AFONSO DA MOTA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.580,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “c” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR