

A. I. Nº - 213080.0015/10-9
AUTUADO - SAULO DOS SANTOS DOVIRGENS
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 18. 07. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0203-01/11

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. 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

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 21/07/10 para exigir ICMS, no valor de R\$ 19.188,67, acrescido de multa de 100%, em decorrência de *Entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal*.

Consta na descrição dos fatos que *Mercadorias destinadas para a empresa UTILITOYS PRESENTES E UTILIDADES LTDA. IE 62.140.405, end. Av. Tancredo Neves, 148, Lojas 05 e 06 QD G1. Pituba - Salvador/BA, sendo entregues na Av. Santos Dumont, KM 05 S/N. Lauro de Freitas/BA, IE 70.290.998*. Também consta que o presente Auto de Infração foi lavrado seguindo orientação da 4ª JJF que, por meio do Acórdão JJF Nº 0331-04/09, determinou a renovação da ação fiscal em decorrência da decretação da nulidade do Auto de Infração nº 206894.0017/09-1.

O autuado apresenta defesa, fls. 12 a 23, na qual explica que transportava as mercadorias descritas nas Notas Fiscais nºs 513.570, 513.571 e 513.572. Impossibilitado de descarregar as referidas mercadorias no endereço do destinatário, por ser um Shopping Center, recebeu a orientação de descarregá-las em endereço diverso, sendo elaborada, de acordo com a legislação estadual, uma carta de correção, retificando o endereço do destinatário da nota fiscal para a Av. Santos Dumont, s/n, km 5, Estrada do Coco, Bairro Portão.

Frisa que os artigos da legislação citados no Auto de Infração não se vinculam à conduta que lhe foi atribuída. Transcreve o disposto nos artigos 209, 911 e 913, do RICMS-BA, e o artigo 42, IV, “b”, da Lei nº 7.014/96. Prosseguindo, afirma que as notas fiscais que acobertaram a operação não devem ser consideradas inidôneas, pois não possuem nenhuma das características descrita na legislação como suficiente para certificar a ocorrência do fato gerador e de débito tributário.

Reitera que o endereço informado pelo destinatário das mercadorias não pôde ser o mesmo do descarregamento porque era um shopping center. Repisa que a nota fiscal não era inidônea, uma vez que trazia informações corretas fornecidas pelo destinatário. Aduz que, ao ser constatada a impossibilidade de descarregamento das mercadorias, foi emitida carta de correção, retificando o endereço do destinatário. Transcreve o disposto no art. 201, § 6º, I, II, III, do RICMS-BA. Menciona que a carta de correção é vedada quando implica mudança do destinatário, o que não correu, uma

vez que apenas foi mudado o endereço do descarregamento, ante a impossibilidade de descarregar em um shopping center.

Repete que a operação foi realizada de forma correta, que não há enquadramento legal que justifique a autuação e que obedeceu ao previsto na legislação ao emitir a carta de correção. Diz que, dessa forma, não se enquadra nos dispositivos citados na autuação, já que as notas fiscais que acompanhavam as mercadorias são idôneas. Menciona que somente em casos extremos pode a Administração Pública desconsiderar a escrituração. Afirma que não causou dano à Fazenda Pública Estadual e, portanto, não pode ser enquadrado nos citados dispositivos legais. Sustenta que está comprovada a regularidade da operação e dos documentos fiscais que a acobertaram e, assim, fica afastada a inidoneidade arguida pela fiscalização, o que diz ensejar a anulação do Auto de Infração em comento.

Assevera que, caso se considere a nota fiscal inidônea, haveria que se admitir que ocorreu apenas o descumprimento de uma obrigação acessória, sem qualquer prejuízo ao fisco estadual e, dessa forma, seria cabível apenas a aplicação de multa prevista para os casos de embaraço à ação fiscal (art. 42, XV-A, da Lei nº 7.014/96) ou de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista na legislação (art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96). Destaca que, como há previsão de penalidade menos gravosa para o caso de mera inobservância de obrigação acessória, a multa indicada no Auto de Infração se afigura inadequada. Para robustecer sua tese, transcreve dispositivos da Lei nº 7.014/96, bem como jurisprudência.

Sustenta que a multa indicada no Auto de Infração, no percentual de 100%, além de excessiva, é inaplicável ao presente caso, pois não praticou a conduta ali descrita. Diz que essa multa não deve ser mantida, pois é desproporcional à ação que lhe foi imputada, pois do eventual descumprimento de obrigação acessória não ocorreu nenhuma lesão à arrecadação estadual. Reitera que a capitulação da multa não guarda correspondência com a conduta que lhe foi atribuída, visto que o dispositivo legal apontado no Auto de Infração e a base de cálculo que foi tomada para incidência da multa são irrelevantes.

Destaca que não é possível a aplicação de procedimento especial, reservado às operações clandestinas, pois o transportador é idôneo e não se enquadra em qualquer das situações para a aplicação da penalidade apontada no Auto de Infração. Assevera que eventual imperfeição da obrigação acessória não tem força jurídica para atropelar seus direitos subjetivos, como, por exemplo, o de se sujeitar à multa indicada no Auto de Infração, até porque a sua conduta não permite a incidência de multa no patamar aplicado pelo autuante. Menciona que, entre a infração e a multa, tem que haver uma correlação, para que haja um equilíbrio entre a falta cometida e a sanção a ser aplicada, traduzindo a proporcionalidade entre a falta e a pena. Cita doutrina, transcreve dispositivos da Constituição Federal e faz alusão à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, todo para embasar seus argumentos defensivos.

Ao finalizar, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente em sua totalidade, anulando o lançamento de tributo e de multa. Subsidiariamente, requer que seja readequada a multa para a sua conduta, aplicando-se uma pena prevista para mero descumprimento de obrigação acessória.

A autuante presta a informação fiscal (fls. 52 a 54), na qual afirma que está sobejamente comprovado o cometimento da infração à legislação tributária estadual, que se resume na entrega de mercadorias em local diverso ao indicado no documento fiscal.

Diz que o Auto de Infração não merece ser declarado nulo, pois não está incurso em nenhuma das hipóteses que ensejariam a nulidade suscitada. Aduz que o presente Auto de Infração foi feito nos moldes determinados pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou nulo o Auto de Infração nº 206.894.0017/09-01, anteriormente lavrado.

Assevera que a documentação fiscal que lhe foi apresentada é considerada inidônea por transgressão ao disposto no art. 209 combinado com o art. 911, ambos do RICMS-BA. Destaca que

o autuado, em sua defesa, confessa que entregou as mercadorias em local diverso do indicado na documentação fiscal, por orientação do tomador do serviço de transporte, que mandou que a descarga das mercadorias fosse efetuada em outro local, que não aquele previsto nos documentos fiscais. Para robustecer seus argumentos, transcreve ementas de dois acórdãos proferidos neste CONSEF sobre a matéria em comento.

Menciona que, nem na ação fiscal e nem na defesa, foi exibida qualquer carta de correção, ao contrário do afirmado pelo autuado.

Afirma que a multa indicada na autuação é a prevista para a espécie de infração cometida, não sendo passível de redução, em virtude da natureza infracional e da sua correta aplicação.

Ao finalizar, mantém a ação fiscal e solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Trata o Auto de Infração da falta de recolhimento de ICMS em decorrência de entrega de mercadorias (brinquedos) em local diverso do indicado nas Notas Fiscais nºs 513.570, 513.571 e 513.572, que acompanhavam as referidas mercadorias. O Auto de Infração em comento foi lavrado em cumprimento a determinação da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgara nulo o Auto de Infração nº 206894.0017/09-1, por ilegitimidade passiva.

Inicialmente, há que se observar que, conforme foi reconhecido pelo próprio autuado na defesa, as mercadorias estavam sendo entregues em estabelecimento localizado na Av. Santos Dumont, km 5, sem número, Lauro de Freitas-BA, apesar de nesses documentos fiscais constar o endereço Av. Tancredo Neves, 148, Lojas 5 e 6, Qd. G1, Pituba, Salvador-BA. Dessa forma, é incontroverso que as mercadorias estavam sendo entregues em local diverso do indicado nos documentos fiscais, conforme consta no Auto de Infração e no Termo de Apreensão e Ocorrências que embasou a autuação.

O autuado sustenta que as Notas Fiscais nºs 513.570, 513.571 e 513.572 eram idôneas e que os dispositivos da legislação citados pela autuante não se vinculam à conduta que lhe foi imputada.

A constatação da entrega de mercadoria em local diverso do indicado nos documentos fiscais, ao contrário do afirmado na defesa, caracteriza sim a inidoneidade das Notas Fiscais de nºs 513.570, 513.571 e 513.572 para aquela operação. Essas notas fiscais são inidôneas para a operação em tela, pois contêm uma declaração inexata (o endereço da entrega das mercadorias) e estavam sendo empregadas para acobertar uma operação diversa da que nelas estava descrita. Dessa forma, nos termos do art. 209, incisos IV e VI, do RICMS-BA, esses documentos fiscais são inidôneos. Nessa situação, a irregularidade apontada no Auto de Infração está suficientemente comprovada e, portanto, é devido o valor exigido no Auto de Infração, acompanhado da multa prevista na lei.

Em sua defesa, o autuado alega que foi emitida carta de correção, porém não apresentou qualquer comprovação desse seu argumento. Nos termos do art. 143 do RPAF/99, *a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*. Ademais, a referida carta não poderia ser emitida para modificar o destinatário das mercadorias, conforme ocorreria se tivesse sido efetivamente emitida.

Quanto à multa indicada na autuação, no percentual de 100%, prevista no art. 42, IV, “c”, da Lei nº 7.014/96, não há correção a fazer, pois essa é a pena prevista na referida lei para a irregularidade apurada. Se esse dispositivo legal é ou não desproporcional ou confiscatório, não cabe a este órgão julgador administrativo apreciar tais aspectos da legislação tributária estadual, ao teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99. Ressalto que, por ser essa multa decorrente de descumprimento de obrigação tributária principal, não há como esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal dispensar ou reduzir tal pena, já que essa matéria é da competência exclusiva da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do artigo 159, do RPAF/99.

Também não há como se converter a multa indicada na autuação em multa por descumprimento

de obrigação tributária acessória, como solicita o autuado, uma vez que o presente lançamento de ofício trata de inobservância de obrigação principal.

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 artigo 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.”

Em face do acima exposto, a infração está caracterizada, está correta a multa indicada na autuação e é devido o valor que está sendo exigido na autuação.

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 **213080.0015/10-9**, lavrado contra **SAULO DOS SANTOS DOVIRGENS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.188,67**, 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, 06 de julho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR