

PROCESSO - A. I. N° 213080.0005/10-3
RECORRENTE - JOSÉ AFONSO DA MOTA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0134-01/11
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 22/08/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0219-12/12

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. Comprovada 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/04/2010 para cobrar ICMS, no valor de R\$46.580,00, acrescido da multa de 100%, relativo à seguinte infração:

Infração 01 - entrega de mercadorias em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Consta no Tópico da "Descrição dos Fatos" a seguinte explicação:

"Mercadorias destinadas à empresa MAVEQ LOCADORA LTDA., inscrição estadual nº. 70.699.100, localizada na Av. Dorival Caymmi, 490 – Itapuã – Salvador – BA, sendo efetivamente entregues na empresa MAVEQ EQUIPAMENTOS LTDA., inscrição estadual 35.643.054, endereço Trav. São Judas Tadeu, S/N, Lt 01, Qd. A – Itinga – Lauro de Freitas/BA, portanto em local diverso do constante na documentação fiscal".

Foi apresentada defesa tempestiva às fls. 52 a 54, contestando a infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 1ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

"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 deficiente, 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, consequentemente, 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.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 136 a 140), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando integralmente os argumentos apresentados na sua defesa inicial, bem como refaz todos os pedidos já postulados.

Preliminarmente, afirma que a autuação se deu contra o Sr. José Afonso da Mota, mas que a empresa Maveq Locadora Ltda., como contribuinte de direito, tem interesse recursal, ex vi do artigo 4º do Decreto de nº 7.629/99 (RPAF/BA).

Fala que JJF distorceu as informações prestadas na defesa, bem como nos documentos anexados ao processo. Diz que, ao contrário do que o Acórdão menciona, a Maveq Locadora Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob nº 16.483.612/0001-45, está cadastrada como não contribuinte do ICMS (070.699.100 EP).

Em outro ponto, afirma ser absurda a ilação da JJF de que existe um estabelecimento “que atua com o comércio dos mesmos equipamentos, sem nenhuma possibilidade de controle por parte do Fisco”. Aponta que todas as suas unidades operam no setor de locação de máquinas e equipamentos para construção civil e são cadastradas como não contribuinte de ICMS, ou seja, o estabelecimento onde houve a entrega de mercadoria não se trata de unidade comercial, mas de outra unidade de prestação de serviços. Assevera que, como o Fisco Estadual não comprovou a alegada existência de fraude, não há como subsistir a presente autuação.

Noutra esteira, fala que os levantamentos das operações de aquisições ocorridas nos exercícios de 2009 e 2010, pesquisados através do SINTEGRA, não refletem a realidade pois “a empresa Maveq Equipamentos Ltda. adquiriu mercadorias em montante inferior à da empresa Maveq Locadora Ltda. por uma simples razão: é uma empresa de pequena porte, como prova a documentação acostada nessa oportunidade”.

Em relação ao mérito, fala também que os equipamentos adquiridos por ambas as empresas (Maveq Locadora Ltda. e Maveq Equipamentos Ltda.) ingressam para compor o ativo, pois só se referem à aquisição de maquinário, sem que houvesse a correspondente saída de qualquer venda. Diz que “Acaso a Receita Estadual se detivesse em uma análise mais aprofundada das referidas

movimentações concluiria facilmente que não há incidência de ICMS. Para tanto, bastaria a simples circularização com os clientes das empresas suso mencionadas".

Explana que em verdade a entrega dos equipamentos autuados foi feita na empresa Maveq Equipamentos Ltda. por equívoco do Sr. José Afonso da Mota e que uma vez constatado o erro pelos prepostos daquela, foi solicitada a sua entrega no endereço indicado nas notas. Afirma que não houve trânsito irregular das mercadorias, nem a configuração da prática de qualquer ato, por dolo, má-fé, fraude ou simulação e, muito menos, não tenha implicado na falta de recolhimento de tributo.

Diz que não há nos autos elementos que provem a materialidade da infração e que não houve comprovação do intuito de fraude. Alega também que as notas fiscais não podem ser consideradas inidôneas, pois as mesmas atendem a todas as exigências da legislação pertinente. Com base em suas alegações, invoca e transcreve o artigo 42, §7º da Lei nº 7.014/96 no sentido de se reduzir ou cancelar a multa por descumprimento de obrigação acessória.

Por outro giro, entende que deve ser reconhecida a nulidade da autuação "por patente ofensa ao artigo 18, em seus incisos II (preterição do direito de defesa) e IV, alínea "a" (lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator) do Decreto nº 7.629/99 – Regulamento do PAF", o qual colaciona aos autos.

Em seguida, faz uma análise sobre a Lei nº 7.014/96 e incidência do ICMS. Transcreve o art. 5º para dizer que "mercadoria, para fins de tributação por via de ICMS, como sendo o bem móvel objeto de mercancia, isto é, aquele que integrado ao estoque da empresa, destina-se à revenda". Aduz que como a natureza mercantil de um bem deflui de sua destinação específica, assevera que no caso em lide, já que "os equipamentos só são adquiridos para integrar o seu ativo" no intuito de atender a atividade de locação de bens móveis de ambas as empresas do grupo, os bens autuados não têm a característica de mercadoria.

Arremata sua argumentação dizendo que "tanto a empresa Maveq Locadora Ltda., como a empresa Maveq Equipamentos Ltda. encontram-se inscritas, mas como não contribuintes de ICMS, consoante a interpretação do artigo 5º da Lei Estadual de nº 7.014/96, vez que não praticam, com habitualidade, qualquer operação relativa à circulação de mercadorias". Dessa forma, entende que fica impossibilitada a configuração do fato gerador desse imposto.

Ao final, requer a total improcedência do presente auto.

Após, os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para exame. Ao exarar o Parecer de fl. 209, a ilustre representante da PGE/PROFIS, a procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, faz uma breve síntese da irresignação tracejada no Recurso, para afirmar que *"Da análise dos autos, vejo que as razões recursais não são suficientes para comprovar a regularidade das operações objeto da autuação, já que é fato incontestável que as notas fiscais indicavam a empresa MAVEQ LOCADORA LTDA como destinatária, mas foram entregues na empresa MAVEQ EQUIPAMENTOS LTDA".*

Por essa razão, as notas fiscais foram consideradas inidôneas, tendo sido lavrado Auto de Infração para a exigência do ICMS do detento das mercadorias, na condição da responsável solidário."

Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário que tem por objeto o pedido de nulidade e improcedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado devido à entrega de mercadorias em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal. Consta que as mercadorias destinadas à empresa MAVEQ LOCADORA LTDA., (i.e. nº. 70.699.100), situada em Salvador, foram entregues na empresa MAVEQ EQUIPAMENTOS LTDA., (i.e. nº 35.643.054), localizada em Lauro de Freitas/BA.

Em sede de preliminar, o recorrente invoca afronta preterição do direito de defesa e falta de elementos suficientes para se determinar à infração e o infrator, art 18, II e 18, IV, 'a', respectivamente.

Entendo que tais súplicas não merecem guarida vez que o recorrente teve todas as oportunidades para se manifestar e juntar documentos, como também, verifico que todos os elementos essenciais para o lançamento de ofício estão presentes, tais quais os DANFE's que tanto serviram de base para a apuração da Base de Cálculo, como a especificação do destinatário das mercadorias. Consta também nos Autos de Infração a descrição dos fatos, a documentação do motorista (responsável solidário) e o registro do caminhão comprovando a sua propriedade.

Dessa forma, não vislumbro nenhuma mácula do lançamento de ofício, consoante os artigos 18 e 39 do RPAF/BA, afastando as questões preliminares suscitadas pela recorrente.

No mérito, restou apontado pela fiscalização que as mercadorias destinadas à outra empresa, em outra localidade, foram entregue em diferente endereço, à pessoa jurídica diversa.

Como mencionado no acórdão, os DANFE's de nº 941 a 942, fls. 04 a 07 dos autos, demonstram claramente que os compressores portáteis adquiridos junto à empresa Chicago Pneumatic Brasil eram destinados a Maveq Locadora Ltda. Conforme o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 300.978, fl. 03, descreve, como motivo determinante da apreensão e lavratura do auto de infração, a entrega se deu na Maveq Equipamentos Ltda., empresa do mesmo grupo, mas estabelecida em outra cidade. Dessa forma, restou configurada a irregularidade insculpida no artigo 6º, III, 'a' da Lei nº 7014/96, c/c o art. 209, VI do RICMS, abaixo transcritos:

"Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

III - os transportadores em relação às mercadorias:

a) que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação;"

"Art. 209. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:

(...)

VI - embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;"

Diversamente do que foi dito na peça de defesa, a fraude ficou evidente no momento que as mercadorias foram descarregadas, ou melhor, quando foram efetivamente entregues a destino diverso daquele que consta nos DANFE's, conforme atesta o Termo de Apreensão acima citado.

Destarte, bem assinalaram os Julgadores de primeiro grau que a entrega em estabelecimento diverso daquele indicado nas notas fiscais, acarreta no entendimento de que os documentos apresentados no momento da ação fiscal devem efetivamente ser considerados inidôneos, nos termos do artigo acima listado, já que demonstram que tais documentos *"foram utilizados com o intuito de fraude, considerando a inadmissibilidade de uma mercadoria estar acobertada com documentos fiscais destinados a outro contribuinte"*. Assim, fica sem respaldo a alegação de que os prepostos da empresa Maveq Equipamentos Ltda. teriam encaminhado as mercadorias para o destino correto, tão logo perceberam o ocorrido. Também digo que restou configurada a ilicitude da infração, pois, além dos documentos acostados aos autos, entendo que, com a assinatura do Termo de Apreensão feita pelo representante da empresa, não houve discordância quanto aos fatos narrados neste instrumento no momento da autuação. Dessa maneira, depreendo que, se os fatos ali narrados não correspondessem com a verdade, restaria ao representante da empresa consignar no próprio Termo suas observações ou, caso não fosse permitida essa sua intervenção, recusasse a assinar tal documento.

Portanto, não reconheço a argumentação do recorrente de que os itens objeto da autuação teriam sido encaminhados para o estabelecimento correto, tão logo percebido o equívoco.

Já quanto à alegação de que se trata de não contribuinte do ICMS, mas mero locador de serviços, tenho por certo que tal argumento não contesta o fulcro da autuação e, de igual forma, não merece acolhida. O cerne da autuação não é sobre a condição de contribuinte ou não do ICMS, mas sim, o cumprimento da obrigação de indicar/entregar corretamente o destinatário e adquirente da mercadoria, insculpida na Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia. Exatamente para coibir as fraudes fiscais, restou determinada nos art. 6º, III, “a” da referida Lei, bem como no art. 39, I, “a” e “d” do RICMS/BA, a responsabilidade solidária dos transportadores com os destinatários das mercadorias sobre a entrega das mesmas em local diverso do indicado na documentação.

Ora, se há venda ou entrega de bens e mercadorias, que são a princípio fatos geradores do ICMS, deverão ser observadas todas as normas tributárias para que se verifique a incidência ou não do imposto. No caso em lide, houve uma desobediência à uma série dispositivos legais (Art. 6º, III da Lei nº 7.014/96, Art. 209, VI e 913 do RICMS) que determinam de forma clara ser imperiosa a entrega dos bens em circulação no Estado da Bahia aos corretos destinatários/adquirentes das mesmas, sob pena de lançamento do Imposto, multa de 100% e possibilidade do transportador responder solidariamente com o destinatário pela entrega em desacordo com a legislação pertinente.

Em suma, não respeitados tais preceitos legais, fica a empresa, contribuinte ou não do ICMS, passível à incidência da norma e culminação da pena conexa pelo o ilícito tributário.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 213080.0005/10-3, lavrado contra **JOSÉ AFONSO DA MOTA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.580,00**, 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, 25 de julho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

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