

A. I. N° - 118505.0015/11-8
AUTUADO - ORLANDO DA SILVA DE AZEVEDO
AUTUANTE - LAURICE SOARES MENEZES
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 29.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0046-05/12

EMENTA: ICMS. ENTREGA DE MERCADORIAS A DESTINATÁRIO DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto, quando os atos ou omissão daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo. O autuado se apresentou como preposto, assinando termos processuais, sua defesa foi patrocinada por advogado do emitente, constando no corpo das notas fiscais que as mercadorias deveriam ser entregues ao autuado, em local não autorizado pela SEFAZ. Afastada a nulidade de ilegitimidade passiva. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14.06.2011, exige ICMS no valor de R\$ 52.275,87, acrescido de multa de 100%, em decorrência da entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 156/162, através de advogado legalmente constituído com Procuração anexa, fl. 163, esclarece inicialmente que o autuado é funcionário da empresa ASGA S.A, sociedade com sede em São Paulo e CNPJ nº 59.694.729/0001-58. Relata os termos da autuação, diz que a autuada vendeu para a TELEMAR NORTE LESTE S/A as mercadorias constantes nos DANFES discriminados no auto de infração, que a operação é regular, idôneos os documentos, escrituradas e os impostos recolhidos.

Argui ilegitimidade passiva, posto que não realizou qualquer tipo de operação. Os contribuintes envolvidos são a TELEMAR e a ASGA; os responsáveis solidários, no caso, são os transportadores, de acordo com o art. 39, RICMS BA.

Insiste que quem estava em situação irregular era a transportadora, que descarregou a mercadoria em local diverso do indicado nos documentos fiscais ou a destinatária TELEMAR. Aduz que o autuado sequer tinha a posse das mercadorias, observando que se o auto de infração fosse lavrado contra a ASGA, a TELEMAR ou a TRANSPORTADORA, o autuado não poderia dar ciência por não ser representante legal das partes. Transcreve decisões, nesse sentido, e pede nulidade de acordo com o art. 18, IV, “b”, RPAF BA.

Argumenta que a ASGA quando da emissão dos documentos pagou o ICMS correspondente, utilizando a alíquota interestadual; por isso, entende indevida a aplicação da alíquota de 17%. A responsabilidade pela diferença de alíquota deve ser atribuída a TELEMAR.

Finaliza requerendo a nulidade do auto de infração, a aplicação do diferencial de alíquota à TELEMAR e que as intimações sejam encaminhadas para o advogado cadastrado nos autos, sob pena de nulidade das mesmas.

Na informação fiscal, fls. 312/320, a autuante destaca que a ação fiscal iniciou a partir de denúncia dando conta da entrega de mercadorias no local sem documentação fiscal. Constatou, então,

diversos produtos (cabos flexíveis, conectores, cordão óptico e outros materiais para execução de serviços de telefonia); solicitou a documentação fiscal da mercadoria.

Para fazer prova, disse que aguardou a conclusão do descarregamento feito por carregadores avulsos que não poderiam ser responsabilizados. Ato contínuo, conferiu o material estocado e expediu intimação para a apresentação de documentos fiscais; procedimento acompanhado por Orlando da Silva Azevedo, autorizado através Mandato de Procuração pela empresa ASGA, do Estado de São Paulo, que informou ser a proprietária e responsável pelas mercadorias estocadas no Estado da Bahia. Justificou a autuante que por tal motivo lavrou o auto de infração em nome de Orlando da Silva Azevedo.

O estabelecimento S A SILVA JUNIOR (IE 65.562.604) foi eleito depositário fiel, em atenção à sumula 323, STF. Aduz que no caso, havia duas infrações: estocagem em estabelecimento sem inscrição e a entrega de mercadoria com documento inidôneo, descrevendo apenas a segunda.

Enfatizou que apenas o Senhor Orlando apresentou-se como responsável pela empresa e que o documento autorizando-o a assinar pela empresa foi enviado em seguida.

Argumenta que a questão de ser funcionário da empresa não afasta a sua responsabilidade tributária, sugerindo invocar o disposto no art. 11 da LC 87/96, que define o local da operação, e o art. 5º do mesmo diploma que define a atribuição da responsabilidade a terceiro. Ressalva a Lei 7.014/96 ao estabelecer que será responsável pelo pagamento do tributo qualquer pessoa física ou jurídica, em relação à mercadoria que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhada da documentação fiscal exigível ou inidônea.

Conclui que o autuado é sujeito passivo da obrigação tributária; único responsável, que conferiu, recebeu e acompanhou a contagem do estoque, assinou os termos da exigência fiscal, inclusive de fiel depositário e incabível a alegação de ilegitimidade passiva, destacando o art. 6º da lei 7.014/96, que determina a responsabilidade solidária e que a autuação foi feita ainda com base no art. 150, RICMS BA, que manda a inscrição obrigatória no cadastro de contribuintes, sob pena de ser considerado estabelecimento clandestino.

Explica que ação fiscal, além de reclamar crédito em função da ausência de inscrição e entrega de mercadoria em local diverso, tem ainda a finalidade de inibir a concorrência desleal contra outros contribuintes legalmente inscritos, que assim o fizeram, acorde artigos 149 e 150, RICMS BA.

Transcreve, nesse sentido, acórdãos do CONSEF, mantendo a ação fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela Fiscalização de Trânsito, sob a alegação da entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal.

Em sua defesa, inicialmente, através de advogado legalmente constituído, com instrumento de mandato anexo aos autos, fl. 163, o autuado alega ilegitimidade passiva, uma vez que é funcionário da empresa ASGA S.A, sociedade com sede em São Paulo, CNPJ nº 59.694.729/0001-58 e que não realizou qualquer tipo de operação. Argui que os contribuintes envolvidos, na operação, são a TELEMAR, a ASGA e os transportadores, na qualidade de responsáveis solidários.

Pede ainda que as intimações sejam encaminhadas para o advogado cadastrado nos autos, sob pena de sua nulidade.

Não constato no presente processo administrativo fiscal nada que o inquine à nulidade, pois lavrado em acordo com as regras do artigo 39, RPAF BA; inexistente, igualmente, a alegada ilegitimidade passiva, que será abordada de forma minuciosa, quando do exame de mérito.

Quanto às intimações, em função do endereço precário constante dos autos do sujeito passivo, local onde foram entregues as mercadorias apreendidas, recomendável que as intimações

processuais sejam efetivamente encaminhadas para o advogado cadastrado nos autos. Ressalto, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

No mérito, alega o autuado que as mercadorias discriminadas no presente auto de infração, constavam dos DANFES, documentos idôneos, operações regularmente escrituradas e os impostos recolhidos. Diz ainda que a irregularidade foi praticada pela transportadora ao descarregar mercadoria em local diverso do indicado nos documentos fiscais, que sequer tinha a posse dos bens e que não poderia dar ciência por não ser representante legal das partes.

Verifico a apreensão de mercadorias (cabos flexíveis, cabo de rede, cordão ópticos, conectores, etc.) que estavam sendo entregues em local diverso daquele indicado nos respectivos documentos fiscais, conforme consta no Termo de Apreensão 118505.0020/11-1 (fl.04).

As mercadorias apreendidas estavam descritas nos diversos DANFES (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica), representação simplificada da NF-e com a função, entre outras, de acompanhar a mercadoria em trânsito e que fornece informações básicas sobre a operação em curso. Os documentos foram emitidos pela ASGA S/A com o destinatário TELEMAR NORTE LESTE S/A BAHIA, situada na rua Silveira Martins, 355, Cabula, Salvador – BA.

Ocorre que as mercadorias foram entregues em destinatário diverso e em local não autorizados pela Secretaria da Fazenda, rua Flor do Bosque, nº 13, Itapuã, Salvador – BA, caracterizando estabelecimento clandestino.

Não logra êxito, portanto, a arguição defensiva de ilegitimidade passiva e de que não poderia o autuado dar ciência aos termos processuais, por não ser representante legal das partes, uma vez que o mesmo se apresentou em nome da ASGA, acompanhou a ação fiscal, conferindo exatidão às mercadorias apreendidas. Observo, inclusive, que foi demandado pelo emitente das mercadorias a representá-lo na assinatura do auto de infração, conforme prova o documento de fl. 07, e demais termo de ocorrência, de intimação, de apreensão.

Além de sua identificação a posterior como funcionário da ASGA (fls. 165/167), agiu o Senhor Orlando da Silva de Azevedo como Preposto, pessoa que por nomeação, delegação ou incumbência de outra, o proponente, dirige negócio seu ou lhe presta, em caráter permanente, serviço de determinada natureza.

No caso concreto, foram delegados pela sociedade empresária, emitente das notas fiscais eletrônicas, cujas mercadorias objeto da presente autuação, foram entregues a destinatário diverso, poderes de representação da empresa perante terceiros.

No direito tributário, além do contribuinte que tem relação direta com o fato gerador da obrigação tributária, é possível que a lei atribua a terceiros o ônus de cumprir a obrigação tributária prevista na norma jurídica. É hipótese de sujeição passiva indireta, que a doutrina divide entre as modalidades transferência e substituição.

Para clareza da exposição, transcreveremos o artigo 5º da Lei Complementar 87/96:

“Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.”

O dispositivo acima citado trata da sujeição passiva transferida a terceiros, quando este por ação ou omissão, colaborarem para que o contribuinte de direito deixe de cumprir a sua obrigação tributária.

Ressalto a participação efetiva do autuado, agindo de modo a colaborar no descumprimento da obrigação por parte do contribuinte direto, o que justifica a atribuição a si pelo recolhimento do ICMS devido. Além das situações, antes comentadas, que os vinculam, o liame existente entre o autuado e o emitente das mercadorias pode ser observado na própria defesa do sujeito passivo que foi patrocinada por advogado do emitente dos documentos fiscais, objeto das discussões. Conta ainda no corpo dos aludidos documentos, no campo notas complementares, que a entrega das mercadorias deveria ser feita ao senhor Orlando Azevedo, detentor das mesmas e sujeito passivo do presente lançamento de ofício, na rua Flor do Bosque, 13, local não autorizado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Observo que no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 13118505069/11, lavrado para materializar a infração praticada pelo autuado, consta o número das 65 (sessenta e cinco) notas fiscais, foi devidamente assinado pelo detentor das mercadorias e documentos apreendidos acostados à folha 15 dos autos.

A base de cálculo da exigência foi elaborada de acordo com a legislação de regência, de acordo com a memória de cálculo, fl. 06; o valor do crédito tributário lançado de ofício é de R\$ 52.275,87, além da multa de 100%.

Posto isso, as alegações defensivas não têm o condão de elidir a ação fiscal, uma vez que o autuado descarregou mercadorias em outro destinatário, localizado em endereço desconhecido e não autorizado pela fiscalização desse Estado. A infração está devidamente caracterizada, o autuado é o responsável tributário, nos termos do art. 5º, LC 87/96, além do art. 6º, Lei 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **118505.0015/11-8**, lavrado contra **ORLANDO DA SILVA DE AZEVEDO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$52.275,87**, 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, 09 de fevereiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA