

PROCESSO	- A. I. Nº 129712.0003/11-3
RECORRENTE	- MARCOSA S/A. MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0247-01/12
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 26/12/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0390-11/13

EMENTA: ICMS. VENDA DIRETA A CONSUMIDORES FINAIS ATRAVÉS DE ESTABELECIMENTO LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Qualquer contribuinte pode adotar as mais variadas formas e alternativas estratégicas no sentido de impulsionar os seus empreendimentos, desde que organizados de acordo com o arcabouço jurídico em vigor. Restou caracterizada uma clara manipulação do sujeito passivo, objetivando esconder o verdadeiro local do fato gerador do ICMS, de vez que os mecanismos levados a efeito implicam em burla às normas que regem o tributo. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão originária do Acórdão 1ª JJF nº 0247-01/12, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 09/06/2011 para exigir ICMS no valor de R\$ 1.711.202,75, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do imposto decorrente de operações não escrituradas nos livros próprios.

Segundo as autuantes, trata-se de vendas de máquinas e equipamentos a consumidores finais, enviados aos mesmos por outro estabelecimento da mesma sociedade empresária localizado em Estado diverso (Espírito Santo). O levantamento foi realizado com base nos documentos fiscais emitidos pela unidade situada em Vitória - ES, o qual se fez acompanhar de comprovantes de que as operações na verdade foram internas, como os nomes dos vendedores empregados do recorrente, números de pedidos, comprovantes de pagamento (com ingresso no caixa do sujeito passivo) etc.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide na pauta de 04/10/2012 (fls. 1.605 a 1.617), tendo o ilustre relator prolatado o voto abaixo transscrito, unanimemente acatado pelos demais membros.

“Cuida o presente Auto de Infração da exigência de ICMS no valor de R\$ 1.711.202,75, no período de abril 2007 / dezembro 2009, tendo em vista a apuração de operações tributáveis não escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme descrita e relatada na inicial dos autos, que será apreciada nas linhas procedentes. Cumpre, antes, a análise das questões adjetivas aduzidas pelo sujeito passivo.

O impugnante alega que a Fiscalização não traz, com a exaustão exigida pela lei, elementos para a exata compreensão da infração supostamente cometida pela impugnante e nem tampouco específica, com o rigor e exatidão necessários, os elementos que ensejaram a presente autuação. Verifico, no entanto, que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, com a indicação dos dispositivos infringidos em relação às irregularidades apuradas. Da leitura da peça defensiva, constata-se que o contribuinte entendeu perfeitamente a natureza da infração e os “exatos termos da autuação” que lhe foram imputadas, não havendo, portanto, violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua

base de cálculo apurados consoante os levantamentos e a farta documentação acostadas aos autos, além da entrega regular ao contribuinte.

Pede o sujeito passivo a realização de diligência, na busca da verdade material e comprovação dos fatos que alega. Diligência Fiscal não se presta a carrear provas aos autos, o que compete à Administração Tributária e ao contribuinte autuado, que têm o direito e o dever de trazer ao PAF todos os elementos e dados à respeito da matéria tributada. Ademais, foram ofertados ao autuado e às próprias Auditoras Fiscais os meios e prazos legais para oferecimento de contestação, informação fiscal, oportunidade de réplica, tréplica, necessários aos esclarecimentos das dúvidas. Ainda assim, visando o cumprimento de exigência processual, por determinação deste órgão julgador, foi realizada diligência pelas autuantes para exclusão de notas fiscais consideradas indevidamente no levantamento fiscal, elaboração de novos demonstrativos, entrega de cópias de documentos obtidos juntos à clientes do próprio autuado, sendo cientificado o contribuinte quanto ao resultado desta diligência fiscal com reabertura de prazo para novas manifestações, em sendo de sua conveniência, não dando azo à arguição de afronta ao artigo 7º, XV, da Lei nº 8.906/94.

Constato, enfim, que o presente PAF está revestido das formalidades legais, sendo assegurados ao contribuinte autuado todos os direitos processuais, que iniciou o contraditório, exercendo de forma integral o seu direito de ampla defesa, trazendo aos autos os elementos de provas de que dispunha e seguindo o raciocínio que melhor lhe aprouve para a sua impugnação, sem qualquer reserva, estabelecendo-se a lide fiscal-tributária dentro e em obediência ao devido processo legal, não sobrando espaço para arguições de nulidade do lançamento tributário que se examina.

Solicita ainda o sujeito passivo que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado que indica, sob pena de nulidade.

Não existe nenhum óbice em observar o pedido para que as intimações sejam encaminhadas para o endereço do advogado do contribuinte cadastrado nos autos. Ressalto, no entanto, que o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do respectivo 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 - CTN, 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.

Superadas as questões adjetivas, adentraremos na análise de mérito da infração.

O lançamento de ofício exige a falta de recolhimento de ICMS ao Estado da Bahia, nos prazos regulamentares, cujas operações não foram escrituradas nos livros fiscais próprios, constatada pelas vendas de mercadorias efetuadas ao consumidor final, realizadas pelo contribuinte autuado, estabelecido neste Estado, sendo as mercadorias remetidas diretamente ao comprador por outro estabelecimento da mesma empresa, situado em outra unidade da Federação.

Nas razões, o argumento do sujeito passivo é que a fiscalização pressupõe a realização de vendas de máquinas sem o recolhimento do ICMS, por entender que tais operações, feitas por sua filial, situada em Vitória – ES deveriam ser tributadas pelo Estado da Bahia, tendo em vista que a intermediação das vendas fora realizada por funcionários da filial da impugnante, situada neste Estado. Aduz que não infere a ocorrência do fato gerador do imposto, no âmbito do Estado da Bahia e que o lançamento fiscal revela uma desconsideração do negócio jurídico, de forma implícita (ausência de ato formal da desconsideração), na medida em que ignorou a existência dos documentos expedidos pelo estabelecimento situado no Espírito Santo, onde seria devido o ICMS, Estado em que está sediado o remetente das mercadorias (art. 155, II, § 2.º, VII, “b”, CF 88).

Argui, enfim, que observou estritamente o Princípio da Legalidade Tributária, de modo que o Estado da Bahia somente poderia exigir recolhimento do ICMS, caso as vendas, e não as “negociações”, como diz o Fisco baiano, fossem realizadas pelo estabelecimento da Bahia.

À seu tempo, as Auditoras, responsáveis pelo trabalho fiscal, esclarecem que não se tratam de negociação e sim de efetivas vendas para o consumidor final, comprovadamente estabelecido ou residente neste Estado. A exigência, portanto, diz respeito à operação comercial de vendas de mercadorias ocorridas neste Estado, e cujas notas fiscais, equivocadamente, emitidas pelo estabelecimento de Vitória, embasaram e ratificaram a irregularidade das operações.

Firmam também que os documentos e notas fiscais, objetos da autuação, foram arrecadados nos clientes de empresa, após exaustivo trabalho de circularização, uma vez que o autuado se recusou a fornecer cópias dos respectivos pedidos das aquisições de máquinas por seus clientes, o que facilitaria a identificação do ilícito, sob a justificativa que não se tratavam de documentos fiscais. Ressaltam que o levantamento restringe-se, exclusivamente, ao universo de clientes que atenderam a intimação fiscal, comprovando a realização das operações.

Informam, por fim, que tais operações objetivam reduzir a sua própria carga tributária, pois que a empresa aproveita o benefício fiscal concedido pelo Estado do Espírito Santo (carga tributária final de apenas 7%),

apesar do destaque, no documento fiscal, da alíquota de ICMS de 17% (venda para consumidor final). É o que examinaremos a partir de então.

O direito tributário se estabeleceu sob a ótica da observação analítica e cujos conceitos áureos, formadores de sua coluna de sustentação se edificam a partir de abstrações lógicas, entre tantas, a regra matriz de incidência tributária, que tem sido amplamente utilizada, com especial destaque na doutrina do Professor Paulo Barros de Carvalho, no estudo dos institutos da obrigação e do crédito tributário e que contempla todos os elementos necessários para a sua constituição.

Com efeito, a norma tributária prevê, em sua hipótese normativa (antecedente), um evento que, ocorrido e relatado pela linguagem exigida no direito, fará surgir o vínculo obrigacional previsto no consequente normativo. Assim é que, quando a autoridade fiscal, após o exercício de sua atividade de fiscalização, constatar a falta de recolhimento de impostos, por exemplo, deverá buscar na lei tributária os aspectos da regra matriz da incidência tributária, procedendo à lavratura do Auto de Infração em desfavor do sujeito passivo. Dessa forma, a norma geral abstrata baliza a produção de outra norma, individual e concreta, positivada pela autoridade fiscal, através do lançamento tributário de ofício.

A ocorrência de qualquer evento guardará, necessariamente, um lugar no espaço e no tempo. Por isso mesmo, que a regra matriz da incidência tributária, constará no seu antecedente, além do critério material, o critério espacial e o critério temporal. No consequente, por óbvio, os critérios subjetivo e quantitativo.

Na presente lide, o ICMS das operações que, segundo a fiscalização, deveria ser recolhido ao Estado da Bahia, compete ao Estado do Espírito, conforme razões do sujeito passivo. Em discussão, antes, o critério espacial da regra de incidência do imposto.

O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), que é o principal tributo de competência estadual, encontra fundamento no art. 155, II, da Constituição Federal de 1988. O artigo 11 da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996, trata justamente desse critério espacial da regra matriz do ICMS, conformando expressa previsão da Constituição Federal que, no seu art. 155, II, § 2º, XII, “d”, delegou à lei complementar a competência para fixar o local das operações relativas à circulação de mercadorias e definição do estabelecimento responsável. E o faz da forma abaixo transcrita:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

c) o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria por ele adquirida no País e que por ele não tenha transitado;

Observa-se, assim, que o ICMS não incide sobre a saída física da mercadoria, e sim sobre uma saída jurídica, sendo, portanto, imprescindível que haja uma transferência de titularidade. Na existência desse elemento, não será necessário sequer que haja a saída física do bem que, por questões de logísticas, pode nem mesmo estar no estabelecimento do seu proprietário.

Assim, o local da operação será o do estabelecimento que transfira a propriedade da mercadoria por ele adquirida no país, mesmo que por ele não tenha transitado fisicamente. Prevendo essa possibilidade, a lei prescreve que, para efeito de cobrança do imposto, o local da operação será o do estabelecimento que transfira a mercadoria, ou o título que o represente.

A partir dos documentos acostados aos autos, constatamos toda a operacionalidade que culmina com as vendas efetivas das mercadorias, conforme “demonstrativo de vendas diretas”, apenso na média eletrônica, fl. 24, recebido pelo autuado, fl. 23-A, totalizando a exigência de R\$ 1.711.202,75. As operações têm início no Estado da Bahia, porque as máquinas, equipamentos e peças são destinados aos consumidores, neste Estado; servem de prova o pedido, o fechamento do negócio e o pagamento dos valores acordados, dando ao adquirente a propriedade das mercadorias, informando a transmissão da titularidade e não uma mera negociação, como argui o autuado.

InSTRUem, portanto, como provas de que as operações ocorreram no Estado da Bahia, os pagamentos feitos na praça de pagamento em Salvador, em nome do estabelecimento autuado, documentos fls. 348, 408, 423, 512, 616, 639, 983, 1.087, 1.415, entre outros, com depósitos bancários vinculados ao CNPJ 04.894.077/0030-48, do sujeito passivo. Acostam ainda aos autos, as Auditoras Fiscais, cópias das folhas de pagamentos de funcionários do estabelecimento autuado, anexadas às fls. 1450/1495, que pagam os salários, comissões a que faz jus os vendedores e consultores de vendas das máquinas, cujos nomes constam dos pedidos efetuados por clientes do Estado da Bahia e que sustentam a presente exigência.

Aliás, as reuniões realizadas entre representantes do autuado, as servidoras do Fisco, responsáveis pela ação, além dos diretores da Administração Tributária deste Estado, objetivaram aos ajustes de conduta do autuado

com relação às operações de vendas de máquinas e implementos, fls. 35/42, cujas tratativas para aquisições das mercadorias pelos adquirentes ocorriam na filial Salvador, com a emissão das notas fiscais correspondentes, equivocadamente, ocorrendo a partir da filial do Estado do Espírito Santo.

Denunciada e apurada a operação contrária à legislação do imposto, conforme fundamento retro mencionado, a defesa insiste que houve apenas uma intermediação e que se trata de um negócio jurídico perfeitamente lícito, legalmente qualificado, não podendo a Administração proibir ou impor determinado comportamento ao administrado; desconhecendo imposição normativa que a obrigue na realização de duas operações (transferência entre estabelecimentos; em seguida, a venda ao consumidor final pelo estabelecimento baiano), ao invés de apenas uma (venda direta a consumidores finais situados em outro Estado).

Sabe-se que é direito de toda sociedade empresarial organizar e planejar as suas atividades de modo a obter a melhor eficiência operacional, estratégica, financeira, societária e tributária, sendo mesmo um dever dos administradores, sócios, proceder com a devida diligência na busca dos melhores resultados, cumprindo a função social da atividade empresarial (art. 170, I, CF 88).

A Lei 6.404/76 dispõe que o administrador deve empregar o cuidado de todo homem probo, na administração dos seus próprios negócios, exercendo as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e a função social da empresa.

Não é defeso o planejamento fiscal, a elaboração de negócios do contribuinte, na forma que melhor lhe aprouver, assumindo com liberdade o caminho financeiro, econômico, tributário que lhe Parecer mais favorável, desde que não haja qualquer oposição à lei ou incidência em ato ilícito. Portanto, o contribuinte tem direito de adotar condutas que tornem menos onerosa, do ponto de vista fiscal, os negócios que realiza. Esse direito subjetivo, no entanto, tem um limite que é o ordenamento jurídico, de modo que não haverá censura jurídica, onde não haja comportamento ilícito.

No caso, não há como falar em operação interestadual, se o comprador residente nesse Estado da Bahia adquiriu bem, diretamente, da filial do vendedor, nessa unidade federada. A circunstância de o bem adquirido haver sido entregue através de unidade localizada no Estado do Espírito Santo, apenas tenta escamotear o local da saída jurídica dos equipamentos e fato gerador de ICMS, a teor do art. 11, I, “c”, LC 87/96. 13, I, “c”, Lei 7.014/96.

Além de todos os atos preparatórios da operação de compra e venda ocorrer na filial localizada, nesse Estado, explorando a atividade de comércio atacadista de máquinas e equipamentos, conforme sobejamente provado, nos autos, sublinha-se que a MARCOSA do Espírito Santo funciona numa sala nº 02, conforme consta dos documentos fiscais e na discriminação dos estabelecimentos da sociedade (fl. 07), endereço suficiente apenas para a emissão das notas fiscais dos equipamentos, na tentativa de caracterizar a ficta saída dos produtos. Vale observar que, de acordo com documento lavrado por CATERPILLAR BRASIL LTDA, o estabelecimento localizado em Vitória sequer tem autorização para revender os seus produtos, fl. 1.499.

Nessa quadra, não obstante a liberdade na organização dos negócios do contribuinte e sua presença em vários locais do Brasil, constato a ocorrência de um planejamento marginal, em agressão à Lei Complementar 87/96 e, especificamente, particularmente, a Lei 7.014/96 do ICMS do Estado da Bahia, que prevê no art. 13, I, “c” que “o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do contribuinte ou responsável, tratando-se de mercadoria ou bem, o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria por ele adquirida no País e que por ele não tenha transitado”. Em decorrência, os fatos geradores tributários ocorreram com repercussão jurídica na órbita do Estado da Bahia, haja vista a tentativa infrutífera do autuado de mascarar o critério espacial da hipótese de incidência do ICMS.

O esforço do sujeito passivo se justifica na pretensão de reduzir a carga tributária das operações, pois que aproveitaria o benefício fiscal concedido pelo Estado do Espírito Santo (carga tributária final de apenas 7%), apesar do destaque, no documento fiscal, da alíquota de ICMS de 17% (venda para consumidor final). No Estado da Bahia, embora a carga tributária tenha sido reduzida, nas mesmas operações, a alíquota interna representa 12%.

Outro fato relevante na dissimulação dos negócios praticados pelo sujeito passivo se extrai do exame da nota fiscal 0662 (fl. 51), da venda de uma retroescavadeira CATERPILLAR modelo 416E, emitida, como de hábito, pela suposta filial localizada em Vitória do Espírito Santo, constando, porém, do respectivo pedido, fls. 52/54, que o faturamento dar-se-à pela filial de Salvador e que o “ICMS incluso de 17%, com base de calculo reduzida através do benefício fiscal regulamentado pela SEFAZ/BA, através do Decreto 10.248/07, de 13/02/2007”, persuadindo o adquirente acerca da legalidade da operação.

O contribuinte pode adotar variadas formas e alternativas estratégicas no sentido de impulsionar seu negócio. Interessante atestar, no entanto, se os negócios declarados são efetiva e verdadeiramente realizados e de acordo com o arcabouço jurídico aplicado às referidas formas ou se a forma está a serviço de uma falsa representação da realidade. Não pode, por fim, praticar negócios jurídicos com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo.

Posto isso, resta caracterizada clara manipulação do sujeito passivo, objetivando esconder o verdadeiro local do fato gerador de ICMS, porquanto o modelo engendrado, não obstante significar, no caso em tela, uma economia tributária, importa na burla às normas imperativas de ordem pública do crédito tributário, que não pode ser desprezadas ou contornadas por particulares, sob a pena de sanção, o que inclui a invalidade dos atos ou negócios jurídicos celebrados sem que tais normas sejam observadas.

Com relação ao valor exigido, não houve qualquer desatenção ao princípio da não-cumulatividade, conforme arguido pelo sujeito passivo; o valor do crédito fiscal em cada operação foi consignado pela fiscalização, conforme provam os demonstrativos de débito que instruem a exigência, sendo reclamado tão somente o ICMS devido ao Estado da Bahia.

Independentemente da circulação física das mercadorias ocorrerem ou não pelo estabelecimento autuado, o local da operação, para efeitos da cobrança do imposto, é o estabelecimento que transfere a propriedade, ou o título que a representa, conforme prevista no artigo 11, inciso I, alínea “c” da Lei Complementar 87/96, acima transcrita, reproduzido no art. 3º, § 2º da Lei 3.956/81, com redação dada pela Lei 4.675/86; artigo 13, I, “c”, Lei 7.014/96 e no artigo 2º, inc. IV, § 1º, inc. VI do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Nesse mesmo sentido é o entendimento da DITRI- Diretoria da Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, manifestado no Parecer nº 7811/2007. Assim, segundo tal entendimento, o estabelecimento localizado em outro estado ao remeter mercadorias para atendimento de pedidos de clientes, que é o presente caso, deverá emitir Nota Fiscal tributada pela alíquota interestadual, devendo o estabelecimento localizado no Estado da Bahia tributar pela alíquota interna.

Situação semelhante foi apreciada pela 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL (ACÓRDÃO CJF Nº 0227-12/09), confirmando Decisão de primeira instância.

Logo, entendo que a infração em tela restou caracterizada, consignando as alterações procedidas no demonstrativo de fls. 1587/1590, após a exclusão das notas fiscais nº 859, 860 e 1035, indicadas em duplicidades, além das notas fiscais 1809 e 1885, porque não se tratam de vendas, o que reduz o valor do Auto de Infração para R\$ 1.675.258,26.

Por tudo quanto exposto, o Auto de Infração é PROCEDÊNCIA EM PARTE”.

Inconformado, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 1.745 a 1.763, no qual aduz falta de observância – por parte das auditoras -, aos princípios da legalidade, da motivação dos atos administrativos, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, pois o Estado da Bahia só poderia exigir o recolhimento do ICMS caso as vendas fossem realizadas no seu território.

Acrescenta a isso o fato de que o tributo foi pago ao Espírito Santo.

Em preliminar, afirma que o lançamento é nulo, considerando, conforme se depreende da leitura da “*descrição dos fatos*”, que a fiscalização se valeu de diversos documentos obtidos de consumidores que adquiriram mercadorias da filial situada em Vitória.

Em seguida, assinala que as autuantes utilizaram a prerrogativa do parágrafo único do art. 116 do CTN de forma implícita, sem procedimento próprio devidamente regulamentado e previsto na legislação ordinária.

Prosegue alegando que se alguns destinatários estão cadastrados como contribuintes da Bahia, estes não poderiam ser qualificados como consumidores finais no Auto de Infração.

Aponta inconsistências na apuração, porquanto nos demonstrativos há notas que não se reportam a operações subsumidas na capituloção legal (582, 942, 1.209, 1.809, 1.885 e 21), outras consideradas em duplicidade (859, 860 e 1.035), além de mais duas cujas datas e valores não correspondem às indicações do Fisco (974 e 854), o que teria sido alegado e não apreciado exaustivamente na primeira instância (fl. 1.750).

No mérito, assinala que a intermediação é um negócio lícito e que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, para concluir que não há imposição normativa que o obrigue à realização de duas operações ao invés de apenas uma.

A seu ver, na hipótese de se concluir pela procedência, a alíquota correta é a interestadual e a base de cálculo deve ser reduzida, consoante normas do Convênio ICMS 52/1991 c/c arts. 77 e 501 do RICMS/1997.

Qualifica a multa de confiscatória, fornece endereço para notificações e conclui pleiteando o provimento do apelo.

No Parecer de fls. 1.773 a 1.776 a Procuradoria opina pelo não provimento, uma vez que não foram trazidos elementos suficientes para provocar a revisão do Acórdão recorrido. Destaca que a JJF determinou a realização de diligência para a correção das inconsistências do lançamento, da qual foi regularmente intimado o contribuinte, em observância ao direito de defesa e contraditório.

Em que pese o caráter lícito do planejamento tributário, na situação em enfoque não se tem como determinar a natureza interestadual das transações. A circunstância de os bens terem sido entregues por estabelecimento localizado em outro Estado representa mera tentativa de descharacterizar o local das saídas e os fatos geradores, a teor do 11, I, “c” e 13, I, “c” da LC 87/1996. As provas de que as comercializações ocorreram no território da Bahia são incontestes, como os documentos de fls. 423, 512, 616, 639, 983, 1.087 e 1.415 (pagamentos em nome do estabelecimento autuado).

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade (arts. 3º, 4º, e 169, I, “b” do RPAF/1999), conheço o presente Recurso Voluntário e passo ao julgamento das alegações preliminares e de mérito.

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo fiscal e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa, as autuantes e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram o ilícito, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico, que se mostra correto e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, inclusive através de realização de diligência.

Com relação às notas fiscais mencionadas no Recurso, sob a alegação de que as razões defensivas não foram apreciadas pela JJF, transcrevo abaixo trechos do Acórdão de origem relativo às mesmas.

“(...) Diz que na planilha fiscal existem notas fiscais que não se referem às operações que se subsumam à capitulação legal da infração (ex.: notas fiscais nºs 582; 942; 1209; 1809; 1885; 21). Diz ainda que existem notas fiscais consideradas em duplicidade (notas fiscais nºs 859, 860 e 1035), além de notas fiscais, cujos valores e data indicados pela fiscalização, não correspondem àquilo que consta dos documentos fiscais nº 974 e 854 (DOC. 04).

Em atendimento à solicitação de diligência, fl. 1586, as Auditoras Fiscais firmam a entrega dos documentos, fl. 1576; refazem o demonstrativo fiscal para exclusão das notas fiscais nº 859, 860 e 1035, indicadas em duplicidades; igual exclusão das notas fiscais 1809 e 1885, porque não se tratam de vendas. Acostam aos autos um novo demonstrativo de débito, fls. 1587/1590, reduzindo o valor da exigência para R\$ 1.675.258,00.

Logo, entendo que a infração em tela restou caracterizada, consignando as alterações procedidas no demonstrativo de fls. 1587/1590, após a exclusão das notas fiscais nº 859, 860 e 1035, indicadas em duplicidades, além das notas fiscais 1809 e 1885, porque não se tratam de vendas, o que reduz o valor do Auto de Infração para R\$ 1.675.258,26.”

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No que tange à multa, esta Câmara não tem atribuição legal para apreciar constitucionalidade (art. 167, I, “a” do RPAF/1999).

Quanto ao endereço para intimações, deve ser observado o art. 108 do RPAF/1999.

Com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/1999, concluo que os elementos ora presentes no processo são suficientes para formar a convicção dos membros deste órgão.

No mérito, qualquer contribuinte pode adotar as mais variadas formas e alternativas estratégicas no sentido de impulsionar os seus empreendimentos, desde que organizados de acordo com o arcabouço jurídico em vigor.

Restou caracterizada uma clara manipulação do sujeito passivo, objetivando esconder o verdadeiro local do fato gerador do ICMS, de vez que os mecanismos levados a efeito implicam em burla às normas que regem o tributo.

Além do fato de todas as etapas das vendas terem ocorrido neste Estado, em face dos documentos de fls. 423, 512, 616, 639, 983, 1.087 e 1.415 (pagamentos em nome do estabelecimento autuado), insta observar que a MARCOSA do Espírito Santo funciona numa sala comercial de dimensões incompatíveis com a pretensão recursal (fl. 07), local destinado apenas à emissão das notas fiscais dos equipamentos, na tentativa de caracterizar as fictícias saídas. Como bem salientou o julgador “*a quo*”, “*vale observar que, de acordo com documento lavrado por CATERPILLAR BRASIL LTDA, o estabelecimento localizado em Vitória sequer tinha autorização para revender os seus produtos em todo o período fiscalizado, fl. 1.499*”.

Portanto, foram internas as operações, pelo que não acolho as argumentações de que a alíquota correta seria a interestadual; que a base de cálculo deveria ser reduzida, consoante normas do Convênio ICMS 52/1991 c/c arts. 77 e 501 do RICMS/1997; e de que se alguns destinatários estão cadastrados como contribuintes da Bahia, estes não poderiam ser qualificados como consumidores finais no Auto de Infração.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE o Auto de Infração nº 129712.0003/11-3, lavrado contra MARCOSA S/A. MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.675.258,26, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS