

PROCESSO - A.I. Nº 124272.0067/01-8
RECORRENTE - MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - IMPUGNAÇÃO AO ARQUIVAMENTO DE RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª
JJF nº 2105-02/01
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 27.02.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0056-11/02

EMENTA: ICMS. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO VOLUNTÁRIO. Recurso interposto contra despacho da autoridade que determinou o arquivamento do referido recurso, por ter sido apresentado fora do prazo legal. Confirmada a intempestividade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 03/07/2001, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$2.295,00, mais a multa de 100%, em razão da falta de comprovação da saída de mercadoria do território baiano, quando houver transitado acompanhada de Passe Fiscal de Mercadorias, autorizando a presunção de que tenha ocorrido sua entrega neste Estado.

Foram dados como infringidos os artigos 959 e 960 do RICMS/Ba., aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, com a aplicação da multa tipificada no artigo 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo através de advogado legalmente constituído, em seu Recurso às fls. 14 a 27, inicialmente, após transcrever o fato que originou a autuação, os artigos 959 e 960 do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 que amparam o procedimento fiscal, e o artigo 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, relativo à multa aplicada, impugna o lançamento consubstanciado no Auto de Infração, argüindo que os documentos fiscais relativos a operação foram corretamente emitidos e acompanhavam a mercadoria, tanto que a fiscalização se manteve silente.

Com esse argumento, o defendente destaca como única motivação da autuação fiscal o instituto jurídico denominado de presunção, entendendo que este se constitui na suposição de ocorrência de hipótese que autoriza a aplicação do conseqüente da norma jurídica de tributação. Sobre o vocábulo jurídico da presunção, fez a definição segundo o entendimento de renomados juristas, com o fito de mostrar que a aludida presunção no direito tributário é relativa, cabendo prova em contrário.

Ressalta que existe no processo a lavra de peças fiscais incompatíveis que dificulta a sua defesa, e fulminam a presunção de legitimidade do lançamento tributário em questão. Frisa que para operar a comercialização ou a entrega da mercadoria dentro dos limites territoriais deste Estado, torna-se necessária a ocorrência da tradição das mercadorias transportadas. Nesse sentido, diz que houve flagrante equívoco na autuação, haja vista que o Termo de Apreensão é incompatível com os fundamentos de fato e de direito do respectivo Auto de Infração.

O impugnante informa que a empresa já foi autuada anteriormente por ocorrência idêntica através do Auto de Infração nº 851.414-3/99, tendo transcrito o voto do julgador pela

improcedência daquela ação fiscal, conforme Acórdão JJF nº 0193/00, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, DOE 17/02/2000, fundamentado no fato de que “a apreensão da mercadoria pela fiscalização constitui prova inequívoca de que aquelas não foram comercializadas ou entregues em território deste Estado.”

Invoca o artigo 112 do Código Tributário Nacional, para argumentar que o Auto de Infração deve ser anulado, em razão da imputação revelar-se insubsistente e insegura.

Para elidir a presunção de entrega da mercadoria neste Estado, o patrono do autuado, tomando por base o disposto nos itens “1” e “2”, da alínea “b”, do artigo 960, do RICMS/97, acostou ao seu Recurso cópia autenticada do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas nº 8272, datado de 19/09/00, dizendo que nele contém aposição de visto e de carimbo do recebedor.

Prosseguindo, frisa que em razão do presente lançamento tributário ter ocorrido durante a fiscalização em posto fiscal de operação de transporte diversa da que constitui objeto da autuação fiscal, a intimação que foi expedida nestas condições lhe trouxe dificuldades, uma vez que a ciência foi efetuada a condutor que não participou da operação autuada, diminuindo, assim, o prazo previsto para coletar os elementos necessários para a defesa, e dificultando a ampla defesa assegurada na Constituição Federal. Por conta disso, requer seja deferida a possibilidade de juntada posterior de documentos, mediante notificação.

Alega a existência de vício formal insanável na autuação, sob o argumento de que ao pleitear a cobrança de tributo juntamente com penalidade por omissão de cumprimento de obrigação acessória, o Auto de Infração não trouxe expressamente a capitulação legal que autoriza a exigência de imposto na operação, conforme determina o artigo 39, do RPAF/99.

Recorre ao artigo 11, da Lei Complementar nº 87/96, para argüir que não é devida exigência fiscal, em virtude das mercadorias não serem destinadas a contribuintes deste Estado, e ao artigo 20 do mesmo diploma legal para invocar o princípio da não cumulatividade do ICMS, dizendo que foi desconsiderado o valor do imposto proveniente das operações anteriores, caso ocorrida a imputação.

Desta feita, diz que a ausência de baixa do passe fiscal se constitui em um descumprimento sujeito a atribuição de penalidade isolada e específica, e que no caso, foi penalizado severamente, entendendo que sendo o imposto uma obrigação distinta da acessória, ocorrida a sua escrituração pelo contribuinte de direito, pela sua autonomia, deve ser considerado, sob pena de se constituir em bis in idem, o que o obrigará a recorrer ao Poder Judiciário para reaver o que pagou indevidamente.

Por fim, requer que seja cancelado totalmente o Auto de Infração, ou caso contrário, seja notificado para apresentação de novos documentos, e, se mantida a autuação, que seja excluída da mesma a parcela referente ao imposto exigido, tendo em vista que o mesmo já foi destacado e escriturado pela pessoa jurídica emitente do documento fiscal, evitando-se a dúplice cobrança do tributo, e ainda, se assim não for esse o entendimento, que seja creditado o imposto incidente nas operações anteriores.

O preposto fiscal autuante apresenta informação fiscal, conforme documento à fl. 46, onde, inicialmente, aduz que o Termo de Apreensão e o Auto de Infração foram formalizados em conformidade e exigibilidade com a legislação do RICMS/Ba. Rebate as alegações defensivas dizendo que no trânsito de mercadorias trabalha com documentos fiscais, informações legais e sistema informatizado que lhe capacita de fatos concretos. Esclarece que a sua ação fiscal está baseada em informação obtida na GETRA/DIFIS no sentido de que todas as transportadoras

inscritas no cadastro fazendário que possuíam passe fiscal em aberto haviam sido intimadas no final do ano 2000 a apresentarem comprovação de sua baixa. Diz, que o contribuinte autuado teve tempo suficiente para regularizar a situação junto à Secretaria da Fazenda, e que as demais alegações do autuado citando vários dispositivos do RICMS/Ba., visam confundir o órgão julgador.

Na fase de instrução, o sujeito passivo através de Recurso protocolado sob nº 143073/2001-2, requereu a juntada aos autos da cópia do Registro de Entradas referente à nota fiscal nº 114579, conforme documento à fl.49.

VOTO DO RELATOR DA 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“O Auto de Infração em lide tem como fundamento a presunção de comercialização no território baiano das mercadorias objeto do Passe Fiscal nº 0425889-4 e Nota Fiscal nº 114579, em face a ausência de comprovação por parte do contribuinte autuado da efetiva entrega da mercadoria ao destinatário.

O Passe Fiscal de Mercadorias está previsto no artigo 959, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e trata-se de documento importante para o controle do trânsito de mercadorias, previamente especificadas por ato da Secretaria da Fazenda, e foi criado visando identificar o responsável tributário, que de forma irregular comercializa neste Estado mercadorias destinadas a outras Unidades da Federação.

Como importante método de fiscalização, a legislação tributária deste Estado, instituiu no artigo 960, do citado Regulamento que, “a falta de comprovação, por parte do proprietário, do condutor do veículo ou do transportador, perante qualquer repartição fazendária localizada na fronteira com outra unidade federada ou em porto ou aeroporto deste Estado, da saída de mercadoria do território estadual, quando esta transitar neste Estado acompanhado de Passe Fiscal de Mercadorias, autoriza a presunção de que tenha ocorrido a sua entrega ou a comercialização irregular no território baiano.”

Tratando-se de uma presunção relativa, e como não poderia ser de outra forma, a própria legislação tributária, admite que a mesma pode ser elidida mediante prova em contrário, tanto assim que o § 2º, do artigo 960, do RICMS/97, dispõe:

“Na hipótese de Passe Fiscal em aberto, assim entendidos aqueles cujos controles administrativos acusem a sua emissão no ingresso da mercadoria neste Estado, porém não indiquem a sua baixa pela saída do território baiano, a fiscalização estadual, em futura viagem do contribuinte, do transportador ou do veículo a este Estado ou por ele de passagem, adotará as medidas cabíveis para apuração da ocorrência anterior, dando, porém, oportunidade para que o sujeito passivo esclareça os fatos ou comprove a regularidade da situação pelos meios que dispuser, sendo que:

I – será considerada improcedente a presunção de cuida o inciso I do parágrafo anterior se o sujeito passivo comprovar que as mercadorias não foram entregues nem comercializadas no território baiano, desde que apresente provas eficazes nesse sentido, tais como:

- a) certidão ou declaração da repartição fiscal da unidade federada de destino de carga comprovando o ingresso da mercadoria em seu território; ou
- b) cópias autenticadas:

- 1 - da nota fiscal referida no Passe Fiscal em aberto, em que fique evidenciado, pelos carimbos nela colocados pelos postos fiscais do percurso, se houver, que a mercadoria efetivamente saiu do território baiano;
 - 2 - da página do Registro de Entradas do estabelecimento destinatário em que conste o lançamento da nota fiscal questionada;
- c) laudo ou certidão da ocorrência policial, em caso de sinistro de qualquer natureza;
 - d) comprovação documental de qualquer outra ocorrência que não a da alínea anterior que tenha impedido ou retardado a viagem envolvendo o veículo, a mercadoria ou condutor;

II -
III -
IV -
V -
VI.....”

Portanto, da simples leitura do dispositivo acima transcrito, nota-se que o legislador admite a improcedência da presunção, se o sujeito passivo comprovar que as mercadorias não foram entregues nem comercializadas neste Estado, ou noutras palavras, que efetivamente tenha sido dado entrada no estabelecimento de empresa em outra Unidade da Federação.

No caso presente, o Passe Fiscal nº 0425889-4, constante à fl. 9 foi emitido em 18/09/00, e em face da inexistência de prova que o contribuinte autuado tenha requerido a sua baixa, a lavratura do Auto de Infração está plenamente justificada, ficando, a partir deste momento, encerrada a atuação da fiscalização, e submetido o sujeito passivo às disposições previstas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Sobre as razões de defesa, observo que não assiste razão autuado, não havendo porque falar-se na nulidade da ação fiscal, haja vista que todas as peças que instruem a ação fiscal em momento algum dificultaram a ampla defesa, cujo contribuinte teve toda oportunidade de elidir a presunção, nos termos do § 2º, do artigo 960, do RICMS/97, como aliás ocorreu, tendo em vista que foram acostados ao processo às fls.40 e 49, cópia do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas nº 8272, emitido em 19/09/00, pelo próprio autuado, e cópia de contabilização de recebimento da mercadoria. Analisando-se tais documentos, observo que apesar de constar no CTCR que o transporte da mercadoria refere-se à Nota Fiscal nº 114579, o comprovante constante à fl. 49, não se trata de um documento fiscal previsto na legislação tributária.

Assim sendo, com base no que dispõe a alínea “b”, do inciso I, do § 2º, do artigo 960, do RICMS/97, entendo que não restou comprovada através da respectiva nota fiscal, com os devidos carimbos de postos fiscais do trajeto evidenciando que a mercadoria efetivamente saiu do território baiano, e também, não foi comprovada pela página do Registro de Entradas do estabelecimento destinatário com o respectivo lançamento da nota fiscal, que a questionada mercadoria, objeto do tratamento especial de fiscalização através de Passe Fiscal, foi efetivamente entregue ao seu destinatário localizado em outra Unidade da Federação.

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

IMPUGNAÇÃO AO ARQUIVAMENTO DE RECURSO VOLUNTÁRIO

A empresa foi notificada através Ofício nº 0403/01 entregue através de AR datado de 20/12/01, que o seu Recurso Voluntário interposto foi considerado intempestivo tendo em vista a comunicação do resultado do julgamento que exarou o Acórdão 2ª JF nº 2105-02/01 pela Procedência do lançamento ter sido entregue via AR em 19/11/01 e o Recurso Voluntário impetrado ter sido protocolado sob nº 212036/2001-4 em 03/12/01, portanto a destempo. Inconformada o recorrente interpôs o presente Recurso de Impugnação ao Arquivamento de Defesa do seu Recurso Voluntário, arguindo:

- a) A declaração de intempestividade foi efetivada com arrimo em aplicação da legislação tributária que, com a devida vênia, além de ser discrepante, não pode prosperar *in casu* para que não seja obstado o reconhecimento formal e solene da verdade real
- b) Desta forma, os arts. 108 e 109 do Decreto nº 7629/99, quanto ao momento da ciência do ato administrativo, possui exegese mais favorável ao contribuinte, (transcreve os artigos 108 e 109 e as alíneas “a” e “b” e o item “II”).
- c) Acrescenta que se faz necessário que seja aplicada a regra supra citada, para efeito de contagem do lapso recursal, a fim de levar a discussão dos autos ‘as Câmaras Julgadoras do CONSEF para que a verdade possa prevalecer.
- d) Esta aplicação da legislação encontra suporte nos termos estabelecidos pelo Código Tributário Nacional, em seu artigo 112, onde se detecta a necessidade de aplicação da norma mais benéfica ao contribuinte.
- e) O Professor Ives Gandra da Silva Martins muito bem se posiciona acerca da matéria elencada pelo Código Tributário Nacional em seu artigo 112, como segue:

“Presumir, entre diversas alternativas, que apenas uma é a verdadeira e, no caso de dúvida, aplicar o princípio de que *o sujeito mais poderoso na relação tributária deve ser beneficiado* em detrimento do mais débil, é anular toda exegese contida no artigo 112 do CTN.; é *criar princípio de legalidade elástica* e de tipicidade, maleável como fundamento de direito tributário, isto porque, um novo tipo indefinido, não desenhado em lei, teria nascido, pôr força da interpretação flexível, a favor do autor e beneficiário da norma tributária em detrimento do que deve suportá-la”.

Desta forma, caberá a aplicação da norma de forma que não prejudique o direito de defesa do contribuinte, ainda mais que esta defesa, em seu mérito, é dotada de fatos capazes de elidir completamente a autuação.

- f) Destarte, a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal atesta estar inserido o Princípio do Autocontrole, ou seja, da Aututela dos Atos Administrativos no atual Sistema Jurídico Pátrio. Tais princípio constituem importante ferramenta na busca do Poder Público de levar aos administrados seus desígnios de forma racionalizada, com o máximo de aproveitamento e o mínimo de ônus para o Estado e para o cidadão; senão vejamos a redação deste importante pronunciamento do Poder Judiciário:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvado, em todos os casos, a apreciação judicial.”

- g) Corolário das Cortes Administrativas dos Estados, bem como da União e suas autarquias, é evitar que pretensões estatais resistidas cheguem ao Poder Judiciário sem previsão real de êxito, uma vez que o contrário representa a movimentação inócua da máquina administrativa, gerando dispêndios de tempo, pessoal e Recursos inúteis.
- h) É como forma de utilização racionalizada do aparato judicial do Estado que mostra necessário a reforma da Decisão impugnada.
- i) Assim, caso o autuado seja constrangida ao recolhimento da autuação fiscal combatida, estará obrigada a recorrer ao Poder Judiciário para reaver o que pagou indevidamente. Isto representa a condenação da Fazenda Pública na verba sucumbencial, originando assim gastos públicos que poderiam ser evitados em sede de revisão administrativa do lançamento fiscal, por meio de julgamento nas Câmaras do CONSEF.

Diante do exposto, requer seja julgada procedente a presente impugnação, a fim de reformar a Decisão recorrida em todos os seus termos, relevando ou cancelando a declaração de intempestividade e, conseqüentemente, seja dado trâmite normal ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo; com o que estar-se-á aplicando a plena Justiça!.

A PROFAZ forneceu Parecer de nº 40/02, da lavra da procuradora Drª Maria José R. Coelho Lins de A Sento Sé, nos termos:

“EMENTA: IMPUGNAÇÃO AO ARQUIVAMENTO DE RECURSO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA LEGAL PARA INTEMPESTIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO”

“Cientificada regularmente do arquivamento da defesa, o autuado tempestivamente impugna a Decisão de arquivamento às fls. 95/121, requerendo a aplicação da regra inserta nas alíneas “a” e “b”, do item IX, do art. 109, do Decreto nº 7629/99, posto que, trata-se de norma jurídica mais benéfica ao contribuinte.

O argumento lançado pelo contribuinte revela-se inócuo, eis que, a norma regulamentar sugerida pelo recorrente só ganha efetiva aplicabilidade na hipótese de restar omitida a data do recebimento da intimação.

Na hipótese em tela, a data do recebimento da intimação está claramente fixada no aviso de recebimento, o que decerto inviabiliza a aplicação da regra jurídica invocada pelo contribuinte.

Destarte, elidida a intempestividade da defesa, nosso opinativo é pela procedência da impugnação, devendo-se processar regularmente o Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte; nos termos preceituados pela lei vigente”.

VOTO

Dado ao exame e análise dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal. Constatei que o recorrente ao impetrar sua Impugnação ao Arquivamento do seu Recurso Voluntário, fundamentou sua tese recursal com base na regra inserta no art. 108 e principalmente na do art. 109 inciso II, alíneas “a” e “b”, do Decreto nº 7.629/99, tendo ainda, se socorrido, da norma do art. 112 do CTN para corroborar com seu suporte impugnativo. Na oportunidade, também, trouxe à lide transcrições de juristas, citação de Sumula do STF e Acórdãos deste CONSEF.

Entretanto, verifiquei que a impugnação nos termos que fora posta, dentro dos parâmetros de pretensão do recorrente tornou-se vulnerável, face que, a regra dos artigos citados somente tem aplicabilidade efetiva quando restar omitida a data do recebimento da intimação pelo sujeito passivo da obrigação tributária, o que não aconteceu no presente caso, pois, à fl. 62, consta o AR datado de 19/11/01 o recebimento da intimação para conhecimento do resultado do julgamento que deu Provimento ao Auto de Infração e originou o Recurso que foi considerado intempestivo, tendo em vista o Recurso Voluntário ter sido protocolado em 03/12/01, conforme documento de fl. 76. Assim, o Recurso realmente foi interposto a destempo.

Ainda observo que o opinativo da Douta PROPAZ em seu Parecer inserido às fls. 111 e 112 dos autos contém na sua conclusão, interpretação diferente de toda a fundamentação exposta no corpo do Parecer e da sua ementa. Acredito que houve um lapso de digitação o que não tira o suporte técnico do Parecer que no seu bojo volta-se inteiramente para o Não Provimento da Impugnação impetrada.

Assim, como está em julgamento o Recurso de Impugnação ao Arquivamento do Recurso Voluntário, e me situando estritamente dentro das normas processuais, concedo o meu voto pelo seu NÃO PROVIMENTO, dado a inexistência de motivação que viesse a provê-lo. Porém, constato, a existência de prova material apensada às fls. 65 a 67 e 69 a 72 do processo, que poderá elidir a acusação constante da exordial. No entanto, para prevalecer seu direito, o recorrente deverá provocar o posicionamento da Presidência da PROFAZ quando do exercício do controle da legalidade do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Impugnação ao Arquivamento de Recurso Voluntário apresentado no Auto de Infração nº **124272.0067/01-8**, lavrado contra **MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.295,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ.