

A. I. Nº - 206894.0055/01-5
AUTUADO - L A TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - LÍDIO DE SOUZA TELES
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 29/08/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0287-03/02

EMENTA: ICMS. PASSE FISCAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA SAÍDA DAS MERCADORIAS DO TERRITÓRIO BAIANO. Segundo a legislação em vigor, a falta de comprovação da saída de mercadorias transitando acompanhada de Passe Fiscal autoriza a presunção de que foram entregues em território baiano. Entretanto, o autuado acostou documentos que comprovam que as mercadorias de alguns dos Passes Fiscais foram efetivamente entregues aos seus destinatários em outros Estados. Infração caracterizada parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 28/06/01, para exigir o ICMS no valor de R\$27.306,58, acrescido da multa de 100%, em decorrência 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 ocorreu sua entrega neste Estado.

O autuado apresentou defesa, às fls. 20 a 35, através de advogado legalmente habilitado, argumentando que não infringiu nenhum dispositivo legal ou regulamentar do ICMS. Discorre sobre o fato gerador do imposto estadual e de seus elementos constitutivos e afirma que é impossível nascer o dever jurídico de pagar um tributo sem que todos os elementos tenham se verificado, “tanto que o Código Tributário Nacional, no seu art. 142, impõe à Administração que assim proceda, isto é, examine à luz do tempo de ocorrência do fato, todos esses elementos que o tipificam”.

Comenta os Princípios da Legalidade e da Tipicidade cerrada, explica que a figura do Passe Fiscal está prevista no RICMS/97 para disciplinar o trânsito de mercadorias transportadas pelo território baiano com destino a outra unidade da Federação e transcreve os artigos 959 e 960 do citado RICMS/BA para dizer que “não são verossímeis os fatos elencados pelo Fiscal Autuante”, uma vez que comprova, através dos documentos ora acostados, que as mercadorias descritas nas notas fiscais e contidas nos Passes Fiscais em aberto, foram efetivamente entregues aos seus destinatários ou seja, saíram do território do Estado da Bahia, sendo, portanto, descabida a presunção feita pela Fiscalização para fundamentar o presente Auto de Infração.

Aduz, ainda, que o fiscal autuante não obedeceu ao disposto no § 2º do artigo 960 do RICMS/97, já que não lhe deu a oportunidade de esclarecer os fatos e comprovar a regularidade da entrega das mercadorias a seus respectivos destinatários, demonstrando arbitrariedade em seu procedimento.

No mérito, relaciona os Passes Fiscais em aberto, apresenta fotocópias de documentos para provar a entrega das mercadorias aos destinatários situados em outros Estados (fls. 37 a 83) e solicita a realização de diligência junto às empresas destinatárias, por fiscal estranho ao feito, para comprovar

a veracidade de suas alegações e responder a algumas indagações. Requer, por fim, que seja realizada diligência no sentido de solicitar ao Fisco dos Estados destinatários que se dirija às empresas destinatárias, com exceção da empresa descrita no Passe Fiscal nº 0397726/9, para verificar a nota fiscal e seu registro no Livro de Entradas e juntar fotocópias autenticadas dos documentos necessários, já que não dispôs do tempo necessário para autenticar todos os documentos juntados em sua peça defensiva.

Finaliza requerendo o deferimento de todos os meios de prova admitidos em Direito, inclusive a prova testemunhal, e a improcedência deste lançamento, face à arbitrariedade cometida pelo autuante, ao não lhe dar oportunidade de demonstrar a regularidade das operações e tendo em vista que a presunção legal foi descaracterizada, já que os documentos anexados comprovam o trânsito regular das mercadorias pelo território baiano e sua entrega aos respectivos destinatários em outros Estados.

O autuante, em sua informação fiscal (às fls. 85 e 86), alega que foi concedida, ao autuado, a oportunidade de esclarecer os fatos aqui apontados, uma vez que foi intimado, em 15/05/01, da existência de passes fiscais em aberto e, ademais, o contribuinte dispôs do prazo de trinta dias para pagar o débito exigido ou apresentar defesa, direito que foi plenamente exercido.

No mérito, tece comentários sobre as alegações defensivas e sobre os documentos acostados pelo autuado e diz que o contribuinte dispôs de dois meses e dezesseis dias (de 15/05/01 a 01/08/01) para regularizar sua situação junto ao Fisco e nada fez até ser autuado. A final, alega que não conseguiu “enxergar”, nas fotocópias de notas fiscais acostadas, a aposição de carimbos, no itinerário percorrido após a Bahia, a fim de atender ao disposto no artigo 960 do RICMS/97 e diz que cabe ao CONSEF a análise final sobre a matéria.

Esta 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência ao autuante (fl. 89) para que juntasse a prova de que o autuado foi intimado a comprovar a regularidade na entrega das mercadorias a seus destinatários, antes de ser lavrado este Auto de Infração, de acordo com o inciso III do § 2º e o § 3º do artigo 960, do RICMS/97.

O autuante, à fl. 94, informa que está anexando fotocópia da Intimação nº 001/01, entregue ao autuado em 08/05/01, o que prova que não houve nenhuma arbitrariedade da fiscalização, ao contrário, o contribuinte é que não se interessou em atender à solicitação, conforme os documentos de fls. 90 a 93. Esclarece, por fim, que a presente fotocópia não foi juntada ao Auto de Infração, no momento de sua lavratura, uma vez que a intimação foi feita pela Gerência de Mercadorias em Trânsito - GETRA, “ficando o original em poder do contribuinte, que por conveniência não o anexou à sua defesa, e se não houvesse sido autuado, certamente iria procrastinar por tempo indeterminado a solução do problema”.

O autuado, mesmo tendo sido intimado da manifestação do autuante, com cópia dos documentos de fls. 89 a 94, não se pronunciou no prazo de dez dias.

VOTO

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência a fiscal estranho ao feito, como formulado pelo contribuinte, porque, de acordo com o artigo 147 do RPAF/99, considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos e, além disso, as cópias dos documentos simplesmente poderiam ter sido juntadas pelo autuado aos autos para comprovar a efetiva saída das mercadorias do território do Estado da Bahia.

Antes de adentrar o mérito, o autuado suscitou, em preliminar, que a exigência fiscal é incabível, uma vez que o fiscal autuante não obedeceu ao disposto no § 2º do artigo 960 do RICMS/97, já que não lhe deu a oportunidade de esclarecer os fatos e comprovar a regularidade da entrega das mercadorias a seus respectivos destinatários, demonstrando arbitrariedade em seu procedimento.

O RICMS/97, no inciso III, do § 2º e no § 3º, do artigo 960, determina que a fiscalização estadual, antes de lavrar o Auto de Infração, dê oportunidade ao sujeito passivo “para que esclareça os fatos ou comprove a regularidade da situação pelos meios de que dispuser”, devendo ser emitida a intimação ao sujeito passivo “com estrita observância da ordem prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal”, isto é, pessoalmente, mediante remessa, por via postal ou qualquer outro meio ou via, com aviso de recebimento (“AR”) ou por edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível a forma prevista anteriormente (artigo 108 e seus incisos do RPAF/99).

Entretanto, “não sendo os esclarecimentos ou comprovações considerados satisfatórios, a critério do fisco, será lavrado Termo de Fiscalização, seguido de Auto de Infração para exigência do imposto e da multa correspondente, em nome do proprietário da mercadoria, do condutor do veículo ou do transportador da carga, estes dois últimos na condição de responsáveis tributários”.

No presente lançamento, o autuante acostou, juntamente com a informação fiscal, a fotocópia de uma “Relação dos Passes Abertos e suas respectivas Notas Fiscais”, dirigida ao autuado, mas sem data de emissão, assinatura do preposto fiscal, nem tampouco assinatura do contribuinte ou data da ciência, não podendo ser considerada uma intimação válida nos termos da legislação.

Esta 3ª JJF decidiu, então, enviar o PAF ao autuante para que fizesse a comprovação de que o autuado foi previamente intimado a comprovar a regularidade na entrega das mercadorias cujos Passes Fiscais encontravam-se em aberto e o preposto fiscal, às fls. 90 a 93, acostou aos autos a prova de que efetivamente o autuado foi intimado “a efetuar a comprovação da saída do território do ESTADO DA BAHIA das mercadorias” constantes nos Passes Fiscais relacionados neste lançamento, através da Intimação nº 001, expedida pela Gerência de Mercadorias em Trânsito - GETRA, com data de entrega do dia 18/05/01.

Sendo assim, não tendo providenciado a comprovação exigida pela legislação, foi lavrado este Auto de Infração contra o contribuinte, em 28/06/01, tudo de acordo com a legislação em vigor, devendo ser afastada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado.

Deve-se ressaltar que, embora não tivesse sido lavrado o Termo de Fiscalização, o artigo 30 do RPAF/99, prevê que “quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único, (...)”.

Finalmente, o contribuinte dispôs do prazo legal de trinta dias para impugnação e comprovação da improcedência da presunção legal de que as mercadorias foram comercializadas no território baiano, não havendo nenhum prejuízo para a ampla defesa e o contraditório.

No mérito, da análise das peças e comprovações que compõem o processo, constata-se que o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência da falta de comprovação da saída de mercadoria do território baiano, tendo transitado acompanhada de Passe Fiscal de Mercadorias, o que autoriza a presunção legal de que ocorreu sua entrega neste Estado.

O autuado alega que todas as mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas nos Passes Fiscais em aberto foram devidamente entregues aos seus destinatários em outros Estados, de acordo com os documentos acostados às fls. 37 a 83, os quais não foram acatados pelo autuante sob a alegação de que não atendem ao disposto no artigo 960 do RICMS/97.

A esse respeito, o RICMS/97 determina que:

Art. 960. 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 acompanhada de Passe Fiscal de Mercadorias, autoriza a presunção de que tenha ocorrido sua entrega ou comercialização no território baiano.

.....
§ 2º Na hipótese de Passe Fiscal em aberto, assim entendido aquele 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 de que dispuser, sendo que:

I - será considerada improcedente a presunção de que 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 da 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; e

2 - da página do Registro de Entradas do estabelecimento destinatário em que conste o lançamento da Nota Fiscal questionada;

Analisando os documentos anexados pelo autuado constatei o seguinte:

1. Passes Fiscais nºs 0447540/2, 0447799-5 e 0397726/9 – foram acostadas fotocópias dos documentos fiscais e do livro Registro de Entradas dos destinatários das mercadorias, comprovando o lançamento das respectivas notas fiscais. Assim, devem ser excluídos estes Passes Fiscais do lançamento;
2. Passe Fiscal nº 03155459-9 – o autuado apresentou fotocópias do Manifesto de Transporte da Nota Fiscal nº 0329, do extrato bancário referente ao pagamento do frete e do CTCR (fls. 47 a 51). Todavia, não há como acatar tais documentos como comprovações de que as mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 0329 foram realmente entregues ao seu destinatário;
3. Passe Fiscal nº 02899931-0 – o contribuinte acostou cópias de um Termo de Exoneração da Responsabilidade como fiel depositário das mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 11858, mas não comprova a sua saída do território baiano, devendo ser responsabilizado solidariamente pelo pagamento do imposto devido;
4. Passe Fiscal nº 0397727-7 - o autuado apresentou fotocópias de CTCRs e do extrato bancário referente ao pagamento do frete (fls. 69 a 81). Todavia, não há como acatar tais documentos

como comprovações de que as mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 2186, 2187 e 2188 foram realmente entregues ao seu destinatário. Saliente-se que a fotocópia do livro Registro de Entradas, anexada à fl. 78, refere-se à Nota Fiscal nº 2189, que deve ser excluída do levantamento fiscal, por estar devidamente comprovada a regularidade na entrega das mercadorias;

5. Passe Fiscal nº 0447734-0 – não foram apresentados documentos de comprovação da saída das mercadorias do território da Bahia.

Pelo exposto, deve ser refeito o demonstrativo de débito, para excluir os Passes Fiscais nºs 0447540/2, 0447799-5, 0397726/9, como adredemente explicado, remanescendo apenas aqueles a seguir relacionados:

Passe Fiscal nº 03155459-9 (fl. 48) – Valor total da Nota Fiscal nº 0329 – R\$32.267,09

Passe Fiscal nº 02899931-0 (fl. 53) - Valor total da Nota Fiscal nº 11858 – R\$3.151,30

Passe Fiscal nº 0397727-7 (fl. 70) – Valor total da Nota Fiscal nº 2186 – R\$1.792,62

Valor total da Nota Fiscal nº 2187 – R\$1.792,62

Valor total da Nota Fiscal nº 2188 – R\$3.585,23

Passe Fiscal nº 0447734-0 (fl. 82) - Valor total da Nota Fiscal nº 8779 – R\$5.222,50

Valor total da Nota Fiscal nº 8780 – R\$2.089,00

Valor total da Nota Fiscal nº 8781 – R\$2.089,00

Valor Total das Notas Fiscais R\$51.989,36

MVA (60%) R\$31.193,62

Base de Cálculo R\$83.182,98

ICMS (25%) R\$20.795,74

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206894.0055/01-5**, lavrado contra **L A TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.795,74**, 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, 26 de agosto de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR