

PROCESSO - A. I. Nº - 000.902.157-4/01
RECORRENTE - TEKCELL TECNOLOGIA CELULAR LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0219-02/03
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 23.09.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0066-12/03

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO REALIZADA COM DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. DIVERGÊNCIA ENTRE A DESCRIÇÃO E A QUANTIDADE CONSTANTE DA NOTA FISCAL EM RELAÇÃO AS MERCADORIAS TRANSPORTADAS. INSCRIÇÃO ESTADUAL DO DESTINATÁRIO CANCELADA. Exigibilidade do imposto de contribuinte com mercadorias em situação irregular, acompanhada de documento fiscal inidôneo, além de sua inscrição estadual encontrar-se cancelada. Infração comprovada. Afastadas as preliminares de nulidade por ilegitimidade passiva e por erro de procedimento na apuração da base de cálculo. Está correta a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração, objeto deste Recurso Voluntário, foi lavrado no trânsito de mercadorias para exigir ICMS no valor de R\$7.783,24, mais multa, em face de terem sido constatadas pela fiscalização mercadorias acompanhadas pela Nota Fiscal de nº 007208, considerada inidônea, em razão de divergência na quantidade e descrição dos produtos, além de o contribuinte destinatário encontrar-se com inscrição estadual cancelada.

O contribuinte alegou em sua defesa, na 1ª Instância de julgamento, no que se refere aos fatos que determinaram a autuação, que as mercadorias eram destinadas à substituição em garantia com codificação fiscal de envio 6.99 (outras saídas não especificadas fora do Estado). Disse que o autuante agiu precipitadamente, por haver desenvolvido o levantamento fiscal fora do estabelecimento, sem apoio de quem domina a matéria para dirimir as dúvidas, sem conhecimento concreto de cada espécie de mercadoria. O defendente informou que a atividade fundamental do autuado é de assistência técnica aos terminais celulares da Motorola, funcionando como representante autorizado na cidade de Salvador, na atividade de prestação de serviço, consubstanciada em reparos, consertos e tudo mais que for necessário para assegurar o bom desempenho dos mencionados aparelhos. Assim, o defendente assegurou que existe procedimento rotineiro de substituição em garantia para seus clientes, ressaltando que se encontrava discriminado no rodapé da Nota Fiscal nº 7208, o envio da nota fiscal de emissão do autuado, de nº 0785, de 30/04/01, onde se encontram discriminadas peças para serem substituídas em garantia, para eliminar pendências junto a clientes. Elaborou quadro comparativo entre a Nota Fiscal nº 7208 e o Termo de Apreensão nº 097881. Argumentou que as quantidades de mercadorias solicitadas pela Nota Fiscal nº 0785 e enviadas pelas Notas Fiscais nºs 7208 e 7536 encontram-se em acordo com a quantidade e

qualidade de mercadorias recebidas. Por isso, entendeu que existiu imprecisão do autuante na identificação do item.

No Recurso Voluntário, o contribuinte pediu, inicialmente, a nulidade do Auto de Infração e do Acórdão recorrido, pois pela descrição dos fatos, diz ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo na medida em que não foi o mesmo que promoveu a emissão da nota fiscal que fundamentou o lançamento e respectivo Termo de Apreensão. Afirmar que o emitente do documento fiscal foi a empresa Motorola Industrial Ltda., sendo esta a responsável pelas informações constantes da nota fiscal e do conteúdo das embalagens. Declara, ainda, que as mercadorias apreendidas estavam sendo transportadas pela VASP – Viação Aérea São Paulo S/A. Esclarece que as mercadorias apreendidas não trariam nenhum benefício para o recorrente, já que eram destinadas à substituição de peças em garantia oferecida pelo próprio fabricante, no caso, a Motorola Industrial Ltda, não havendo por parte do recorrente qualquer intenção de lesar o fisco ou obter algum benefício. Ressalta que não havia recebido ainda a mercadoria por ocasião da autuação. Dessa forma, postula pela declaração de nulidade do Auto de Infração para que seja reconhecido inexistência da obrigação tributária exigida na peça de lançamento. Volta a enfatizar que as mercadorias foram apreendidas quando estavam em poder da transportadora, sem nenhum contato ou vínculo com o recorrente. Posteriormente, alega a nulidade da base de cálculo apresentada pelo fisco, por entender sem qualquer respaldo legal ou fático, já que não existem no mercado fontes de pesquisa para apuração de valores de peças de celulares. Afirmar que a autoridade fiscal não poderia apurar valores no mercado e atribuí-los a bens em trânsito supostamente irregular, pois eram mercadorias vindas diretamente da fábrica, cuja tabela de preços é distinta da praticada no comércio varejista, sendo admissível exclusivamente a tabela fornecida pelo fabricante. Quanto à circunstância de sua inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia se encontrar cancelada alega que desconhecia o fato e sequer fora notificada a respeito.

No mérito, aduz que a nota fiscal que ensejou a caracterização da infração encontrava-se em perfeito estado de regularidade, sendo que as mercadorias apreendidas representam, perfeitamente, o quanto descrito na respectiva nota. Afirmar que a apreensão das mercadorias ocorreu por desconhecimento da autoridade fiscal dos termos técnicos e seus respectivos correspondentes físicos e como se tratam de aparelhos celulares, tal engano é perfeitamente compreensível, não podendo, contudo, o recorrente ser responsabilizado pelo fato.

Finalmente requer o Provimento do Recurso Voluntário, a fim de que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, irregularmente emitido contra o recorrente, parte ilegítima. Requer, ainda, por cautela, a improcedência do Auto de Infração, pois a situação fática descrita na peça de lançamento difere do que efetivamente ocorreu.

A decisão atacada por este Recurso Voluntário apresentou conteúdo abaixo, em parte transcrito, para melhor análise do colegiado da Câmara de Julgamento:

“Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o PAF, observo que as mercadorias foram apreendidas, tendo em vista que foi constatada divergência na quantidade e descrição constantes da Nota Fiscal nº 0007.208, que acompanhava as mercadorias, sendo também apurado que a inscrição estadual do estabelecimento destinatário encontrava-se cancelada.

De acordo com as alegações defensivas, a atividade fundamental do autuado é de assistência técnica aos Celulares da Motorola, funcionando como representante autorizado na cidade de Salvador, na atividade de prestação de serviço, consubstanciada em reparos, conserto e tudo mais que for necessário para assegurar o bom desempenho dos mencionados aparelhos. Por isso, o defendente assegura que existe procedimento rotineiro de substituição de peças em garantia para seus clientes.

Os procedimentos relativos à substituição de peças e aparelhos em garantia estão disciplinados nos arts. 516 a 520 do RICMS/97, sendo que os fatos narrados nas razões defensivas estão em desacordo com a legislação, no que se refere à entrada, saída e fornecimento da peça ou aparelho em garantia, e não houve qualquer comprovação quanto à regularidade da operação realizada em confronto com as regras previstas para a situação. Ademais, o autuado está cadastrado na SEFAZ com a atividade de Comércio Varejista de Produtos Não Especificados, conforme extrato SIDAT, fl. 06.

Observe que na ação fiscal o autuante constatou divergências nas quantidades e descrição das mercadorias efetivamente transportadas em confronto com o documento fiscal, que não correspondia aos produtos nele consignados. Assim, não foi comprovada a regularidade das mercadorias objeto da autuação, tendo em vista que a Nota Fiscal de 7208, fl. 10, foi considerada inidônea para a operação realizada, situação agravada com o fato de a inscrição estadual do autuado encontrar-se cancelada.

Quanto à base de cálculo, o autuante anexou à fl. 42 dos autos levantamento de preços realizado no mercado, comprovando a fonte onde pesquisou e os valores utilizados para apurar o imposto devido.

Assim, entendo que está caracterizada a infração apurada, sendo devido o imposto exigido, conforme demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fl. 04 dos autos.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Remetidos os autos à Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), foi exarado Parecer, onde se afirma que o cerne do Auto de Infração consiste na constatação de mercadoria acompanhada de nota fiscal, considerada inidônea, em razão da divergência na quantidade e descrição dos produtos, além do contribuinte destinatário encontra-se com inscrição estadual cancelada. Discorre que no lançamento hostilizado o fato gerador do ICMS encontra-se identificado e comprovado e que o contribuinte não apresenta qualquer prova capaz de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal. Além disso, o recorrente estava em situação de inscrição cancelada no momento da ação fiscal e a forma de apuração da base de cálculo do tributo obedeceu às regras preconizadas no RICMS/97. O parecer é concluído, com o opinativo de CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO do Recurso interposto.

VOTO

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva cabe inicialmente pontuar que a representante da empresa, a Sra. Maria Cristina da Silva, qualificada na petição como sócia-gerente do recorrente, consignou, por ocasião da impugnação fiscal, conforme consta da fl. nº 19 do PAF, ter comparecido à Inspetoria do Aeroporto de Salvador, para fins de resolver a pendência existente com a fiscalização, dirigindo-se, posteriormente, ao terminal de carga da transportadora VASPEX S/A, para providenciar

a liberação das mercadorias, tendo sido informada naquela ocasião, que as mesmas já haviam sido liberadas para serem entregues no estabelecimento do recorrente. Estes fatos revelam ou evidenciam que as mercadorias foram recepcionadas pela representante legal do recorrente, de maneira que na data da intimação do Auto de Infração, ocorrida em 31/08/01, através de aviso de recebimento (AR), não procede a alegação da representante da autuada de que desconhecia o conteúdo das embalagens que acondicionavam as mercadorias apreendidas bem como o teor do Termo de Apreensão, onde são especificadas as divergências com referência a Nota Fiscal nº 7.208, documento que integra os autos do processo fiscal, e que fundamenta o lançamento tributário. Deduz-se, portanto, que por ocasião da formalização do lançamento, o recorrente já se encontrava na posse das mercadorias apreendidas, figurando na relação de direito material como adquirente dos produtos objeto da ação fiscal. A narrativa constante da peça de defesa, demonstra que o recorrente agiu no sentido de se apossar dos produtos adquiridos, ao se dirigir à Inspetoria de trânsito da Secretaria da Fazenda, com o intuito de liberá-las, sendo, portanto, indevida a alegação de nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva. Além disso, há que se afastar a responsabilidade da transportadora, tendo em vista que o conteúdo das embalagens, possivelmente lacradas, não poderiam ser objeto de sua vistoria, especialmente pelo fato de que esta atividade é típica das autoridades administrativas, no exercício de poder de polícia e do poder tributário, nos limites estabelecidos na lei. Há que se consignar, ainda, que seria operacionalmente impossível ao transportador fazer este tipo de verificação, dado o volume de carga que faz circular diariamente, o que importaria em violar inúmeras encomendas, fato que resultaria no cometimento de ilícitos penais e administrativos. Também não cabe transferir a responsabilidade ao emitente da nota fiscal, por se tratar de contribuinte localizado em outra unidade da Federação, não submetido ao poder de fiscalização do Estado da Bahia. No que se refere à nulidade da base de cálculo cabe observar que a legislação do ICMS, no termos do que dispõe o art. 938, inciso V, alínea “b”, item 2 e com fundamento na Lei nº 7.014/96, art. 21, inc. V, letra “b”, item 2, em obediência ao princípio da reserva legal, autoriza o fisco, quando constatada a inidoneidade de documento fiscal, adotar, como base de cálculo, o preço de venda a varejo do local da ocorrência. Acrescente-se, a isso, o fato de o recorrente se encontrar cadastrada na SEFAZ-Bahia, na condição de comerciante varejista, conforme demonstra as informações extraídas no sistema de administração tributária, documento inserido à fl. 6 do PAF, de forma que a aplicação de preço de venda a consumidor se apresentava, no ato de lançamento, plenamente justificável, não se podendo, de plano, chegar-se à conclusão de que a autoridade fiscal atuou em desacordo com a lei. Por derradeiro, no que se refere às preliminares de nulidades levantadas pelo contribuinte, é oportuno destacar que a circunstância da inscrição do recorrente se encontrar cancelada, quando verificada a ação fiscal, é aspecto secundário neste caso, apesar de integrar os termos da peça de lançamento, pois o fundamento principal do Auto de Infração gira em torno da inidoneidade do documento fiscal que continha descrição e qualificação dos produtos divergentes dos constatados pela fiscalização do trânsito, conforme atestado no Termo de Apreensão. Vale frisar que essa divergência quantitativa e qualitativa por si só já caracteriza a infração e qualifica de inidôneo o documento fiscal apreendido, conforme prescreve o art. 206 do RICMS c/c art. 40, § 3º, da Lei nº 7.014/96. Portanto, as nulidades suscitadas pelo recorrente não podem prosperar, estando o lançamento apto para que se passe a apreciar, em seguida, as questões de mérito.

Na discussão em torno da questão de fundo, ou seja, a verificação da ocorrência ou não da infração tipificada na peça de lançamento, é importante ressaltar que em se tratando de Auto de Infração lavrado na fiscalização de trânsito, documentado através de Termo de Apreensão de mercadorias, onde consta que as mesmas não correspondiam ao declarado na nota fiscal que acobertava a circulação, o recorrente se contrapõe afirmando que o agente fiscal incorreu em erro, apontando que

os produtos apreendidos representam, perfeitamente, o quanto descrito na respectiva nota. Afirmou que a apreensão das mercadorias ocorreu por desconhecimento da autoridade fiscal dos termos técnicos e seus respectivos correspondentes físicos e como se tratam de aparelhos celulares, tal engano é perfeitamente compreensível, não podendo, contudo, o recorrente ser responsabilizado pelo fato. Todavia, essas afirmações carecem de prova documental, pois se de fato a divergência não existia, por que o recorrente não solicitou que as mercadorias fossem periciadas ou recontadas quando se dirigiu ao posto da fiscalização objetivando a liberação dos produtos? Se o litígio estava centrado exatamente em torno na qualificação e quantificação das mercadorias, as mesmas não deveriam ter sido recepcionadas até que a questão fosse devidamente esclarecida. Poderia ainda, se fosse constatada a divergência, proceder à devolução das mercadorias, se provado que o pedido efetuado pelo recorrente divergia da remessa efetivamente realizada pelo fornecedor. Mas nada disso ocorreu, estando de fato provado o recebimento das mercadorias com as pendências apontadas pela autoridade fiscal. Já a fiscalização documentou o fato, cujo procedimento foi efetuado nas dependências da transportadora e com acompanhamento de preposto desta, que assinou o Termo lavrado pela autoridade fiscal. O órgão de julgamento administrativo, por dever legal, tem que decidir as questões com base nas provas existentes nos autos e em obediência ao princípio da verdade material, de forma que se alegação de uma das partes não estiver consubstanciada em provas ou em indícios suficientes que demonstrem as suas razões, não pode o órgão administrativo contraditar os fatos que foram devidamente documentados. Nesse sentido, sinaliza o RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), em seu art. 143, ao preceituar que “*A simples negativa de cometimento de infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”. Não há nada no processo, seja prova direta ou indireta, que revele ter a fiscalização incidindo em erro de fato ou de direito. Diante disso, não resta outra solução, a não ser declarar que o Recurso Voluntário interposto NÃO MERECE PROVIMENTO.

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 000.902.157-4/01, lavrado contra **TEKCELL TECNOLOGIA CELULAR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.783,45**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de Setembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS