

A. I. Nº - 279689.0023/03-4
AUTUADO - PEDRO HUGO BORRE
AUTUANTE - SUELLY SALES DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 28.08.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0328-02/03

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. TRANSPORTE DE MERCADORIA (BATATA INGLESA) DESTINADA A EMPRESA INDUSTRIAL ACOBERTADA COM DOCUMENTO FISCAL SEM DESTAQUE DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. São isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais com o referido produto, exceto quando destinadas a industrialização. Infração caracterizada com a redução do débito por erro de cálculo. Rejeitadas as preliminares de nulidades por não enquadrarem em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, bem assim o pedido de diligência requerido na defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 08/06/2003, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$ 2.161,92 mais a multa de 60%, sob acusação de operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada, relativamente ao transporte de 360 sacos de batata inglesa monalisa acobertado pelas notas fiscais nºs 08584 e 08585 e destinados a indústria localizada em outra Unidade da Federação, tudo conforme documentos às fls. 07 a 17.

Consta às fls. 15 a 17 cópia da concessão de Medida Liminar do Mandado de Segurança impetrado pelo sujeito passivo objetivando a liberação das mercadorias apreendidas, suas respectivas notas fiscais e o veículo que as transportava, e Mandado de Liberação e Notificação da referida decisão.

Cientificado da autuação em 11/06/03, o autuado representado por advogado legalmente constituído, em 11/07/03 interpõe recurso às fls. 19 a 28 visando impugnar o lançamento tributário, com base nas seguintes preliminares de nulidade:

- Ineficácia do procedimento fiscal em razão do Auto de Infração ter sido lavrado fora do estabelecimento autuado. Invoca os artigos 108, I e 196, parágrafo único do CTN e o artigo 10 do Decreto Federal nº 70.235, para argumentar a obrigatoriedade da lavratura do Auto no local onde for verificada a ocorrência, por entender que o RICMS é omisso sobre esta questão. Diz que por ter sido lavrado o Auto na Repartição Fiscal houve a quebra da segurança jurídica e a própria seriedade que deve existir nas relações Fisco/Contribuintes. Frisa que a lavratura do Auto, fora do local de sua ocorrência fere o princípio da ampla defesa e do contraditório. Citou lição específica de renomado professor de direito tributário.
- Ofensa ao art. 37, caput, da CF/88 – alega que foi ferido o princípio da impessoabilidade do ato administrativo, por entender que a ação fiscal desencadeada pelo preposto fiscal não foi

direcionada para todos os contribuintes do ramo, de modo a que houvesse uma equivalência do tratamento tributário dispensado ao estabelecimento autuado.

- Inexistência de intimações para esclarecimentos – entende que quando o Fisco apura qualquer irregularidade, antes de autuar, deve ser intimado o sujeito passivo para prestar os esclarecimentos necessários da origem ou das causas da suposta irregularidade, em face da existência do princípio do contraditório. No caso, afirma que não houve qualquer intimação neste sentido.

No mérito, o patrono do autuado formulou sua impugnação ao lançamento tributário com base nas seguintes teses jurídicas:

- Isenção das operações com produtos hortifrutigranjeiros, agropecuários e extrativos animais e vegetais - considerou inadequado o enquadramento legal da infração no artigo 219, V, do RICMS/97, sob o fundamento de que o autuado na condição de produtor rural agiu de acordo com o artigo 218 do mesmo Regulamento, por entender que não é necessário o cálculo do imposto exigido na autuação, em virtude da mercadoria comercializada gozar do benefício da isenção previsto no artigo 14 do citado Regulamento. Por conta desse argumento, conclui que o ICMS exigido trata-se de arbitramento unilateral, fora do contraditório pleno a que se refere o artigo 148 do CTN.
- ICMS sem prova material da ocorrência do fato gerador – alegou presunção de que o destinatário da mercadoria seja uma indústria, baseada apenas em sua denominação social, pois não foi comprovada a irregularidade apontada nos documentos fiscais de que a mercadoria era destinada à industria em outra Unidade da Federação. Ressalta que ao efetuar a venda de seus produtos não é exigida dos compradores a apresentação do Contrato Social para constatar que se trata ou não de indústria de beneficiamento.
- Auto de Infração sem motivação adequada e pertinente: a) que não foi comprovado que houvesse sonegação, pois, os produtos transportados gozam da isenção; b) presunção do fato gerador do imposto; c) não há embasamento fático para o lançamento do imposto por não guardar conformidade com as expressas previsões legais dos arts. 114, 141, 142 e seu parágrafo único, 144, do CTN; art. 1º , II do Dec. Lei nº 406/68.
- Multa confiscatória / acréscimo moratório indevidos - considerou a multa aplicada confiscatória por representar 60% sobre o valor do imposto reclamado.
- Inscrição e execução nulas – insinua que se o crédito vier a ser inscrito na dívida ativa, será nulo, e a execução fiscal da lei originada estará privada de nulidade, por não ter origem nem valor legal, em face da ausência de prova material do gerador do ICMS exigido.

Por fim, requer que o processo seja baixado em diligência para ser produzida prova pericial, contábil e fiscal; que sejam juntadas as provas obtidas em contraditório pleno; e que seja julgado insubstancial o AI por inexistência de causas legais que lhe dê embasamento.

Na informação fiscal às fls. 34 a 35, a autuante esclarece o fato que originou a autuação, e rebate as preliminares de nulidades arguidas na defesa fiscal dizendo que de acordo com o artigo 47, inciso II, alínea “a”, do RICMS/97, o local da operação para efeito de cobrança do imposto é onde se encontre a mercadoria ou bem em situação irregular; sobre a alegação de inexistência de intimações na fase que precede o Auto, a autuante ressaltou que o procedimento fiscal se inicia no momento da apreensão da

mercadoria ou no momento da emissão do Auto de Infração, não havendo no trânsito irregular de mercadorias a necessidade de intimação por escrito para que o mesmo seja considerado válido; que não houve ofensa ao artigo 37, caput da CF/88, pois a sua ação fiscal observou todos os princípios constitucionais e os dispositivos do RPAF, em particular quanto ao direito do contraditório através do protocolo da peça defensiva dentro dos prazos regulamentares.

No mérito, o preposto fiscal contesta a afirmação de que a sua ação fiscal está baseada em presunção, e que o débito foi apurado através de arbitramento, dizendo que conforme investigação na Consulta Pública ao Cadastro do Estado de Pernambuco (doc. fl. 12), restou evidenciado que a empresa destinatária tem como atividade a industrialização, e por isso, a mercadoria transportada não goza da isenção prevista no artigo 14, do RICMS/97. Diz, ainda, que a infração está devidamente enquadrada no RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, combinado com a Lei nº 7.014/96.

Dizendo que o sujeito passivo não apresentou nenhum documento capaz de alterar a lide do processo em questão, reafirma o seu procedimento fiscal pela procedência da autuação.

VOTO

Analisando a preliminar de nulidade de ineficácia do procedimento fiscal em razão do Auto de Infração ter sido lavrado fora do estabelecimento autuado, observo que não há como a mesma prosperar, pois dentre as hipóteses previstas no artigo 47, do RICMS/97, o local da operação para fins de cobrança do imposto é o lugar onde se encontre a mercadoria ou bem em situação irregular. Além disso, de acordo com o § 1º do artigo 39 do RPAF/99, o “Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração”. No caso, o preposto fiscal deu estrito cumprimento às disposições constantes na legislação citada, cujo Auto foi lavrado no Posto Fiscal, haja vista que foi exatamente o local onde foi constatada a irregularidade imputada ao autuado.

Também observo que não houve ofensa ao art. 37, caput, da CF/88, nem foi ferido o princípio da impessoabilidade do ato administrativo, uma vez que a ação fiscal desenvolvida no Posto Fiscal pelos prepostos fazendários é direcionada indistintamente a todos que se enquadrem na condição de contribuinte do ICMS, e a partir do momento que o autuado, nesta condição, ao passar pelo posto fiscal e ser submetido à fiscalização da documentação fiscal que acobertava a mercadoria, esta ação fiscal não vai de encontro no citado dispositivo constitucional.

Sobre a preliminar de inexistência de intimações para esclarecimentos, no caso de infração apurada no trânsito de mercadorias não existe na legislação tributária previsão para intimação antes da lavratura do Auto de Infração. O Auto de Infração objeto deste Processo foi lavrado corretamente, pois foram observadas todas as disposições estabelecidas nos artigos que compreendem o Capítulo III do RPAF/99, no qual, consta a intimação para pagamento do débito ou interposição de recurso defensivo, como, aliás, ocorreu através da peça defensiva constante às fls. 19 a 28 dos autos, ficando, a partir deste momento preservada ampla defesa e o direito do contraditório pleno.

Rejeito também o pedido de diligência requerido pelo patrono do autuado, pois os autos contêm todos os elementos necessários para o meu convencimento acerca da lide.

Quanto ao mérito, conforme consta no Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 05 e 06, a infração apontada foi constatada no Posto Fiscal João Durval Carneiro, sendo lavrado o Auto de Infração objeto do presente Processo para exigência do imposto correspondente a 360 sacos de batata inglesa monalisa e despesas de frete sobre o transporte da mesma, cuja referida mercadoria estava acobertada pelas notas fiscais nº 08584 e 08585 (docs. fls. 09 e 10).

Reza o artigo 14 do RICMS/97 que são isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais nas saídas internas e interestaduais efetuadas por qualquer estabelecimento, excetuadas as operações de saídas de mercadorias destinadas à industrialização.

Na análise dos citados documentos fiscais que acobertavam as operações, verifica-se que a mercadoria se refere a batata inglesa monalisa e estava destinada à Agro Industria Norte Sul Ltda. localizada na cidade de Cabo de Santo Agostinho no Estado de Pernambuco, e que realmente não havia sido destacado o imposto correspondente, tendo o autuante comprovado através de Consulta Pública ao Cadastro do Estado de Pernambuco efetuada no SINTEGRA/ICMS (doc. fl. 12), que a atividade da empresa destinatária é de beneficiamento, moagem e preparação de outros produtos, se enquadrando no conceito de indústria.

Portanto, nota-se que existe uma condição no artigo 14 do RICMS/97 para gozo da isenção, cabendo ao produtor rural por ocasião da venda do produto verificar se o destinatário é ou não uma indústria. Considerando que restou provado que as mercadorias estavam destinadas à empresa industrial, não há porque se falar que elas estão amparadas pela isenção do ICMS, o que torna devido o reclame fiscal.

Sobre as teses jurídicas levantadas na defesa fiscal, observo que por não gozar de isenção do imposto as mercadorias objeto da autuação, eis que foram destinadas à industrialização, a emissão dos documentos fiscais realmente não obedeceu ao disposto no artigo 219, V, do RICMS/97, pois deixou de destacar o imposto devido na operação de saída, cuja exigência fiscal não se trata de presunção ou arbitramento por estaria devidamente materializada a ocorrência do fato gerador mediante a apreensão da mercadoria e a constatação da falta de destaque do imposto devido na operação, cujo procedimento fiscal está embasado em um fato concreto e guarda perfeita conformidade com as previsões regulamentares da legislação tributária.

Contudo, cumpre observar que o imposto exigido não foi calculado corretamente na forma prevista no inciso I, do artigo 61, do RICMS/97, qual seja sobre o valor da operação constante nos documentos fiscais, merecendo, por isso, ser retificado o presente lançamento demonstrativo a seguir:

| ESPECIFICAÇÃO | VALOR | ALIQ. | ICMS DEVIDO |
|---------------|-----------|-------|-------------|
| NF nº 08584 | 11.100,00 | 12 | 1.332,00 |
| NF nº 08585 | 2.220,00 | 12 | 266,40 |
| Frete | 700,00 | 12 | 84,00 |
| TOTAIS | 14.020,00 | 12 | 1.682,40 |

Portanto, restando caracterizado o cometimento da infração imputada ao sujeito passivo, a multa aplicada não tem caráter confiscatório, pois está em consonância com o fato constatado, devendo, no entanto, em virtude dos documentos fiscais terem sido emitidos regularmente, manter a multa aplicada de 60%, alterando, contudo, a previsão legal para artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, rejeito as preliminares de nulidades argüidas pelo sujeito passivo, por não se enquadrarem em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF, e no mérito, considerando que o patrono do autuado não trouxe aos autos qualquer prova capaz para elidir o ilícito fiscal, conforme previsto nos artigos 127, § 2º, e 153, do RPAF/99, voto PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$1.682,40.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279689.0023/03-4, lavrado contra **PEDRO HUGO BORRE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.682,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de agosto de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR