

PROCESSO - A. I. Nº 000.927.431-6/03
RECORRENTE - VITÓRIA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 2ªJF nº 0005-02/04
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 13.04.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0052-12/04

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. É legal a exigência de imposto do detentor da mercadoria em situação irregular, desacompanhada da documentação fiscal correspondente. Infração caracterizada. Não foram acatadas as arguições de nulidade da autuação, por não encontrar amparo no RPAF vigente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário pretendendo reformar a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 17/09/2003, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$3.483,00 mais a multa de 100%, tendo em vista que foi flagrado o contribuinte supra descarregando em seu estabelecimento 10.000 litros de óleo diesel desacompanhados de documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias.

O autuado em sua defesa argúi a insubsistência da autuação sob o argumento de que ela contém vícios e irregularidades, pois a ação fiscal adotou critérios subjetivos e arbitrários na constituição do crédito tributário. E ainda: a) que o Auto de Infração aponta que a infração ocorreu no dia 15/09/03 (segunda-feira) às 19:53 horas, fora do expediente, porém a mercadoria objeto da autuação foi adquirida no dia 13/09/2003 (sábado) da empresa Texaco Brasil S/A localizada na cidade de Jequié, e que por não funcionar seu escritório aos sábados, domingos e feriados, o combustível somente foi descarregado do caminhão em horário que o escritório já estava fechado, estando em funcionamento apenas as bombas, fato esse que impediu a exibição dos documentos fiscais no momento da apreensão da mercadoria. b) que o produto combustível está enquadrado no regime de substituição tributária, onde o seu estabelecimento é contribuinte substituído, sendo responsável a Texaco Brasil S/A pela retenção no ato da compra e recolhimento do respectivo imposto. Afirma que não adquiriu os produtos desacompanhados de documentação fiscal, ressaltando que mesmo que inexistisse nota fiscal teria apenas ocorrido o descumprimento de obrigação acessória.

Para comprovar que a mercadoria foi adquirida com documentação fiscal, o autuado trouxe a colação cópias das Notas Fiscais nºs 015.007 e 015.008, de emissão da Texaco Brasil S/A (docs. fls. 11 e 12), ressaltando que as mesmas não foram apresentadas no ato da apreensão da mercadoria por ter ocorrido em horário em que o escritório estava fechado e sem a presença do responsável pelo setor.

Invoca o princípio da legalidade para arguir a nulidade da autuação, sob o fundamento de que o Auto de Infração foi lavrado por servidor incompetente para lançamento de tributos com base em

trabalhos de perícia contábil, sem qualificação profissional de contabilista, e requereu perícia contábil, na forma do artigo 145 do RPAF/99, indicando como assistente técnico.

Questionou a multa de 100% que foi aplicada, com o argumento de que ultrapassou o limite de 2% estabelecido na Lei nº 9.298/96, elevando a obrigação tributária, e assumindo a forma de confisco. Citou a doutrina a respeito de confisco, e disse que a cobrança de correção monetária, acréscimo moratório e multa se configura em *bis in idem*.

Por fim, requer a anulação do Auto de Infração ou a sua improcedência, por considerar o autuante inabilitado, e por ilegitimidade das multas aplicadas, com a sua fixação no percentual de 2%.

A Auditora Fiscal designada (estranha ao feito) prestou a informação às fls. 15 a 16, argumentando que tendo sido flagrado o estabelecimento descarregando mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, foi lavrado corretamente o Termo de Apreensão e o Auto de Infração, por infringência à legislação tributária vigente. Não acatou os documentos apresentados na defesa constantes às fls. 11 e 12, por entender que não é possível estabelecer sua vinculação com a mercadoria apreendida, nem comprovar sua origem com documento apresentado posteriormente por qualquer fornecedor ou pagamento do imposto antecipado. Sobre o questionamento da habilitação do preposto fiscal autuante, a informante salientou que não se faz necessária qualquer qualificação em contabilidade para apurar materialmente a ausência de notas fiscais para acompanhar as mercadorias que estavam sendo descarregadas. Conclui que estando comprovada e admitida a infração, opina pela Procedência do Auto de Infração, ressaltando que a multa aplicada está prevista na Lei nº 7.014/96, não sendo cabível sua contestação na esfera administrativa.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Pelo que consta dos autos, notadamente o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 092085 constante à fl. 2, verifico que o contribuinte supra foi flagrado no dia 15/09/2003, às 10:00 horas, descarregando em seu estabelecimento, 10.000 litros de Óleo Diesel através do veículo Placa Policial JLG-2237-BA, sem documentação fiscal, sendo lavrado o Auto de Infração para exigência do respectivo imposto.

Sobre as arguições de nulidades, observo que a autuação não contém nenhum vício ou irregularidade, não sendo em momento algum ferido o princípio da legalidade, pois o Auto de Infração foi lavrado por Auditor Fiscal competente (art. 42, do RPAF/99), nem foram adotados critérios subjetivos e arbitrários na constituição do crédito tributário, eis que, o lançamento obedeceu a todas as exigências previstas no artigo 39, do RPAF/99, haja vista que o fato que constitui a infração foi descrito de forma clara e precisa, estando devidamente fundamentado no Termo de Apreensão constante à fl. 2, o qual serve de prova do cometimento da infração, qual seja a constatação de mercadoria em poder do autuado desacompanhada da documentação fiscal correspondente. Desta forma, por não se enquadrar o pleito do contribuinte em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada no Recurso defensivo.

Quanto ao mérito, a infração está devidamente caracterizada no Termo de Apreensão, não havendo como acatar a alegação defensiva, nem corrigir a ocorrência com a ulterior apresentação das Notas Fiscais nºs 015.007 e 015.008, de emissão da Texaco Brasil S/A (docs. fls. 11 e 12), por não ser possível estabelecer sua vinculação com a mercadoria apreendida. Se a mercadoria apreendida estava acobertada pelas citadas notas fiscais, não havia nenhum impedimento para a apresentação de tais documentos fiscais, pois, a apreensão ocorreu no dia 15/09/03 às 10:00, em horário de expediente, e

não às 19:53 horas conforme alegado, ressaltando-se que é uma obrigação do contribuinte fazer acompanhar a mercadoria da respectiva nota fiscal, constituindo infração quando a operação estiver sendo realizada sem a competente documentação fiscal.

Nestes termos, o Auto de Infração foi corretamente lavrado, e o fato da mercadoria está enquadrado no regime de substituição tributária e sujeita a antecipação tributária, no caso, não sendo devidamente comprovada a origem da mercadoria em situação irregular, o autuado na condição de detentor, responde solidariamente pelo pagamento do imposto, mais as cominações legais, cuja multa aplicada, não se configura em confisco conforme alegado pelo autuado, por está em perfeita conformidade com o disposto no artigo 42, inciso IV, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, não cabendo na esfera administrativo qualquer questionamento sobre a sua legalidade.

Considero totalmente desnecessária a realização da perícia contábil requerida pelo sujeito passivo, haja vista que se trata simplesmente de infração baseada na constatação de um fato concreto, qual seja, mercadoria desacompanhada da respectiva documentação fiscal.

Assim, restando caracterizado o cometimento da infração através do Termo de Apreensão, o qual, se constitui como elemento de prova de que realmente as mercadorias não se faziam acompanhar da respectiva documentação fiscal, é devido atribuir ao autuado, a responsabilidade solidária, na condição de transportador, pelo pagamento do imposto, nos termos do artigo 39, inciso I, alínea “e” do RICMS/97.

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

Em seu Recurso Voluntário alega, em síntese, o recorrente: I) que do relatório constante do Acórdão, consta que as informações foram prestadas por preposto fiscal estranho ao feito, o que as torna sem qualquer valor, pelo óbvio, já que o mesmo não tem como informar o que não presenciou, senão pelo que ouviu falar do próprio fiscal autuante, tornando-a também imprestável pela incontestável parcialidade; II) que a Junta de Julgamento Fiscal preferiu aceitar como verdade as informações prestadas por um fiscal que não presenciou os fatos, do que encarar os documentos idôneos acostados pela empresa recorrente; III) que de forma abusiva e contrária às mais mezinhas regras de Direito Constitucional, mormente o da isonomia, deixou de acatar os documentos juntados com a defesa, por entender que não haveria como estabelecer vinculação com as mercadorias apreendidas, já que, se como não há como vinculá-las, também não há como fazer a desvinculação, se analisarmos a situação pelo princípio do “in dubio contra fiscum”, largamente utilizado em nosso Direito Tributário; IV) que o relator de Primeira Instância afirma que a empresa recorrente foi flagrada no dia 15.09.03, às 10.00 horas, descarregando 10.00 litro de óleo diesel através do veículo de placa JLG-2237, sem documentação, todavia consta do malsinado Auto de Infração que o horário da autuação foi às 19.53 horas, o que causa espécie ao recorrente, principalmente porque esse foi o principal motivo para toda essa controvérsia, já que naquele horário o estabelecimento do contribuinte estava com o escritório fechado, fora do horário comercial; V) que no dia 13.09.03 (sábado) o recorrente adquiriu o combustível noticiado no Auto de Infração em mãos da TEXACO Brasil S/A em Jequié, e por não funcionar seu escritório naquele dia, o combustível somente foi descarregado do caminhão na segunda-feira às (15.09.03); VI) quando o fiscal chegou ao estabelecimento e presenciou o descarregamento do caminhão(19,53h), o escritório do autuado já estava fechado, fato que impediu a exibição dos documentos fiscais; VII) que não há dispositivo sequer no RICMS que obrigue o contribuinte a manter a nota fiscal no interior do veículo transportador, após a chegada no estabelecimento do destino; VIII) que o pagamento do ICMS sobre combustíveis é regido pelo sistema de substituição tributária; IX) que foi cerceado seu direito de

defesa, vez que o pedido de instalação de perícia contábil foi indeferido; X) que o Auditor autuante é incompetente por não comprovar sua condição de contador inscrito no respectivo conselho. XI) que a multa fiscal aplicada é confiscatória, devendo ser aplicado o percentual de 2%. Requer, finalmente, a improcedência da autuação.

A ilustre Procuradora Fiscal opina pela Não Provimento do Recurso por não haver provas inequívocas da correlação entre as notas fiscais apresentadas e a mercadoria apreendida, e ainda: I) no Termo de Apreensão que é o documento hábil para materialização da infração fruto do flagrante, consta 13 horas como sendo o horário do cometimento da infração; o Auto de Infração é que foi lavrado às 19.53 horas; II) cabe ao detentor da mercadoria manter-se sempre com a documentação exigível; III) a competência do Auditor Fiscal decorre do COTEB que prevê de forma privativa, sem qualquer distinção das atribuições em razão de formação acadêmica; IV) o argumento de que a mercadoria está enquadrada no regime de substituição tributária não merece ser acatado, pois não houve a comprovação da regularidade fiscal da operação em razão da não apresentação dos documentos hábeis; V) as multas e acréscimos imputados estão previstos na legislação vigente; não há qualquer correlação entre a mercadoria e as notas fiscais anexadas, e a legislação estadual estabelece que a infração de trânsito não é descaracterizada por nenhum ato superveniente.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo recorrente, em conformidade com os argumentos expendidos pelo julgador de Primeira Instância, complementados pelo opinativo da Douta Procuradora Fiscal, que, em análise detida e cuidadosa, rebateu todas alegações constantes do Recurso Voluntário, tornando-se desnecessárias quaisquer outras considerações. Entendo também como desnecessária e incabível a realização de perícia.

No mérito, sustenta o recorrente, como pressuposto básico de sua irresignação, que a mercadoria foi descarregada às 19.53 horas de uma segunda-feira, após o encerramento do expediente da empresa, sendo essa a razão da impossibilidade da apresentação da nota fiscal. Da análise das peças processuais, verifica-se que no Auto de Infração, lavrado em 17.09.03, o local destinado à indicação da data da lavratura está em branco, no espaço destinado à indicação do local do estabelecimento consta “11:”, e no campo 7, COD/DEREF/INFAZ, “19:53”. No Termo de Apreensão, datado de 15.09.03, lavrado por terceira pessoa, está lançado como horário “10.00 horas”, sem muita clareza. Embora seja lamentável a falta de cuidado por parte da fiscalização na elaboração de documentos fundamentais para tipificação da ação fiscal, esses erros não dão sustentação à afirmativa do recorrente de que a mercadoria foi descarregada às 19:53 horas, jogando por terra toda a ênfase de seu Recurso. Para ilidir a autuação bastaria ao recorrente apresentar, “a posteriori”, a nota fiscal correspondente ao transporte do combustível apreendido, com a identificação do veículo transportador, o que sem dúvida caracterizaria a infração como obrigação acessória, sujeita apenas à aplicação de multa por transporte de mercadoria desacompanhada de documentação.

Por todas essas razões, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para manter a Decisão de Primeira Instância pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal.

VOTO EM SEPARADO

Peço vênias para discordar em parte da fundamentação elaborada pelo ilustre relator, quando o mesmo declarou que bastaria ao recorrente, para ilidir a autuação “*apresentar, “a posteriori”, a nota fiscal correspondente ao transporte do combustível apreendido, com a identificação do veículo*

transportador, o que sem dúvida caracterizaria a infração como obrigação acessória, sujeita apenas à aplicação de multa por transporte de mercadoria desacompanhada de documentação”.

A infração descrita no lançamento de ofício decorreu de abordagem fiscal pelos agentes da fiscalização do trânsito de mercadorias, que flagaram a mercadoria, no momento em que a operação se realizava, desacompanhada de documentação fiscal. A apresentação “a posteriori” da nota fiscal, como fato isolado, não ilide a infração, pois o documento fiscal pode ter sido emitido após o início das ações fiscalizadoras, de forma que a conduta de regularizar o trânsito das mercadorias não afastaria o contribuinte do cometimento da infração tributária. Além da circunstância acima mencionada, não há como se estabelecer, neste processo, com segurança, que o documento fiscal apresentado pelo recorrente se refira, efetivamente, à carga de combustível encontrada pela fiscalização, de forma que não há como se declarar a improcedência da autuação, razão pela qual, no que se refere ao deslinde desta lide fiscal, acompanho o voto do Sr. relator, discordando parcialmente dos fundamentos apresentados em seu voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **000.927.431-6/03**, lavrado contra **VITÓRIA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.483,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros - Fauze Midlej, Tolstoi Seara Nolasco, César Augusto da Silva Fonseca e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros - José Carlos Barros Rodeiro e José Raimundo Ferreira dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - VOTO EM SEPARADO

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