

PROCESSO - A. I. Nº 09063943/04
RECORRENTE - OPÇÃO COMERCIAL DE DOCES E ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0320-03/04
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 25.11.2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0317-12/04

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CIRCULANDO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Restando caracterizado o trânsito irregular de mercadorias é legal a exigência de imposto do detentor da mercadoria em situação irregular, desacompanhada da documentação fiscal correspondente, no caso o estabelecimento autuado. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão JF Nº 0320-03/04, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/01/04 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir ICMS no valor de R\$ 2.107,02, em decorrência de operação de circulação de bebidas alcoólicas desacompanhadas da documentação fiscal própria, conforme o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 101739 acostado à fl. 2 dos autos.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que as autoridades fiscalizadoras têm deixado de analisar os questionamentos de inconstitucionalidade da legislação fiscal tributária, quando a interpretação da matéria é contrária ao interesse da fiscalização. Também afirma que houve equívoco no enquadramento legal da infração que lhe foi imputada.

No mérito, explica que a fiscalização, ao abordar o veículo transportador, solicitou ao motorista e ao vendedor que deixassem a parte interna do veículo aberta e, desse modo, encontrou uma relação de mercadorias que foram consideradas como sem nota fiscal. Diz que realizava venda em veículo, conforme previsto no art. 417 do RICMS-BA, ao passo que a citada relação foi emitida por um fornecedor seu situado em Vitória da Conquista. Assevera que não estava de posse das mercadorias e nem lhe foram solicitadas as notas fiscais de entradas, de vendas e de retorno para o estabelecimento. Diz que o autuante presumiu a comercialização das mercadorias sem documentação fiscal.

Aduz que deveria ter sido feita uma diligência para verificar se as mercadorias constantes no romaneio se encontravam no depósito da empresa. Frisa que a entrada das mercadorias está respaldada nas Notas Fiscais nºs 76952, 227673, 230143, 7824, 8887, 8812, 8821, 8755, 8675 e 8898. Alega que não teve a oportunidade de apresentar a documentação fiscal quando da autuação. Ao concluir, pede a realização de diligência e a nulidade do lançamento, em razão de cerceamento do seu direito de defesa.

Na informação fiscal, o autuante alega que, no momento da ação fiscal, o contribuinte encontrava-se com seus talonários de notas fiscais vencidos desde 16/10/03, conforme documento acostado à fl. 7, e que, até a presente data, ainda não regularizou a situação. Admite que houve um erro na indicação do enquadramento legal, pois o correto é o artigo 201 combinado com o artigo 39, I, “d”, do RICMS-BA.

Explica que o veículo transportador foi abordado pela fiscalização quando saía do estabelecimento do autuado, para entregar as mercadorias relacionadas no documento denominado de “Posição Carga Nr. 000603”, o qual foi emitido pelo autuado e assinado pelo seu “procurador”. Acrescenta que tal relação encontrava-se nas mãos do entregador, no baú do caminhão, e estava sendo utilizada para identificar os compradores e as respectivas mercadorias, uma vez que não havia notas fiscais para tal finalidade. Frisa que a real atividade do contribuinte é o “comércio atacadista de mercadorias em geral” (CNAE nº 5191800 – fl. 41) e, portanto, não procede a alegação defensiva de que as mercadorias encontradas no veículo eram de terceiros.

Frisa que a autuação não está baseada em presunção, e sim, na constatação de que a empresa estava realizando operação de saídas de mercadorias sem a emissão dos documentos fiscais exigidos pela legislação tributária. Assevera que as notas fiscais apresentadas pelo autuado são incompatíveis em quantidades, mercadorias e valores com os constantes neste Auto de Infração. Aduz que o contribuinte, no período de janeiro de 2003 a março de 2004, não apresenta nenhum recolhimento de imposto sob o código 1844 (ICMS Empresa de Pequeno Porte/SimBahia), sendo que os únicos pagamentos se referem a parcelamentos de autos de infração e a ICMS devido por substituição tributária (fls. 51 e 52).

O autuado foi cientificado da informação fiscal e dos novos documentos acostados ao processo, porém não se pronunciou.

Conforme o Acórdão JJF nº 0320-03/04, o Auto de Infração foi julgado procedente. A relatora indeferiu a solicitação de diligência por entender que os elementos necessários ao deslinde da questão estavam presentes no processo. Com base no art. 167, I, do RPAF/99, explicou que não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Afastou a preliminar de nulidade, alegando que é satisfatória a descrição dos fatos no Auto de Infração, o que deixava evidente o correto enquadramento legal. Ao adentrar no mérito da lide, a relatora afirmou que o Termo de Apreensão de Mercadorias e o documento intitulado “Posição Carga Nr. 000603” comprovam a irregularidade que foi imputada ao autuado, bem como refuta a alegação defensiva de que o referido documento foi emitido por um fornecedor localizado em Vitória da Conquista. Diz que o documento “Posição Carga Nr. 000603” não tem valor legal para acobertar as mercadorias, papel reservado aos documentos fiscais. Frisa que as notas fiscais apresentadas na defesa não elidem a acusação.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JJF, o recorrente interpôs Recurso Voluntário, alegando que o erro no enquadramento legal da irregularidade desfigura o lançamento. Afirma que os talonários de notas fiscais vencidos e a relação de estoque usada para lavrar o Auto de Infração foram subtraídos do interior do veículo transportador das mercadorias.

Diz que a existência de outros Autos de Infração lavrados contra o recorrente não é prova da sua inidoneidade, assim como o fato de o senhor Niepic de Almeida Nicolle ser esposo de uma das sócias do estabelecimento autuado não constitui ilícito fiscal. Frisa que os recolhimentos mensais do recorrente não dizem respeito à lide.

Assevera que o autuante, para caracterizar a comercialização das mercadorias, deveria ter aguardado a descarga do veículo. Afirma que a incompatibilidade nas quantidades e valores das

mercadorias é devida a várias movimentações ocorridas no estoque e ao fato de que os preços de venda são normalmente superiores aos de aquisição. Aduz que trabalha com um “mix” de mercadorias fornecidas por terceiros.

Insiste que o erro na capitulação da infração nulifica o lançamento. Para embasar a sua alegação, invoca o art. 82 do Código Civil. Ao final, solicita a nulidade da autuação.

Em seu Parecer de fl. 82, a representante da PGE/PROFIS, após historiar o processo, diz que boa parte do Recurso Voluntário não se refere à infração em tela. Assevera que o recorrente detinha mercadorias desacompanhadas de notas fiscais idôneas, o que o torna responsável solidário pelo pagamento do imposto. As mercadorias encontradas foram listadas na presença do procurador da empresa, o qual assinou o termo de fls. 8 a 10 e deu o ciente na autuação. Diz que é irrelevante a comprovação da comercialização das mercadorias. Conclui afirmando que, uma vez comprovada a falta de nota fiscal idônea para acobertar as mercadorias, a autuação deve ser mantida. Ao final, opina, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Examinando as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, as quais já foram enfrentadas e refutadas na Decisão recorrida, constato que não houve, no presente Auto de Infração, cerceamento de defesa, tendo o recorrente entendido perfeitamente a acusação que lhe foi feita. O equívoco na indicação do dispositivo infringido não é razão para a nulidade do lançamento, uma vez que a descrição dos fatos foi feita de forma satisfatória, deixando evidente o enquadramento legal, conforme prevê o art. 19 do RPAF/99. Além disso, o erro foi retificado pelo autuante quando prestou a informação fiscal, e o recorrente foi informado da correção e teve o prazo de lei para se pronunciar. Quanto à questão da inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência deste órgão julgador tal matéria, portanto, não há como acatar essa alegação recursal.

A solicitação de diligência também foi afastada com a devida fundamentação pela relatora da Decisão recorrida, pois, nos autos, estão presentes os elementos necessários à formação do convencimento dos julgadores, como prevê o art. 147, I, “a”, do RPAF/99. Além disso, a necessidade da diligência não foi devidamente demonstrada pelo recorrente, como exige o art. 145 do referido Regulamento.

Adentrando no mérito da lide, constato com base no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 101739 (fl. 2), o qual foi lavrado para embasar o lançamento, que o recorrente foi encontrado na posse de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, infringindo assim a legislação tributária estadual.

Em sua defesa, o recorrente apresenta as Notas Fiscais nºs 76952, 227673, 230143, 7824, 8887, 8898, 8612, 8821, 8755 e 8675 (fls. 30 a 39). Contudo, essas notas fiscais não podem ser aceitas, uma vez que deveriam ter sido apresentadas as notas fiscais referentes à operação de saída das mercadorias, como bem explicou a relatora da Decisão recorrida. Ademais, não há como se correlacionar às mercadorias consignadas nas notas fiscais apresentadas com as apreendidas, já que não há correspondência nas quantidades, nas mercadorias e nos valores. Também não se pode esquecer que, nos termos do § 5º do art. 911 do RICMS-BA, o trânsito irregular de mercadorias não se corrige com a ulterior apresentação da documentação fiscal.

A Nota Fiscal nº 352, acostada à fl. 7, emitida quando já tinha vencido o prazo de validade nela indicado, é inidônea, de acordo com o disposto no art. 209, III, do RICMS-BA. Também observo

que esse documento fiscal não é referente às mercadorias apreendidas, bem como foi emitido em 20/10/03, ao passo que as mercadorias objeto da autuação foram apreendidas em 26/01/04.

A constatação da existência de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais idôneas é suficiente para comprovar a situação irregular das mercadorias. Dessa forma, não havia a necessidade de o autuante aguardar a descarga das mercadorias para caracterizar a infração, como alega o recorrente.

Quanto aos preços e quantidades utilizados na apuração do imposto, ressalto que esses dados foram obtidos do documento intitulado “Posição Carga Nr. 000602” (fls. 3 a 6), encontrado em poder do recorrente e acostados ao processo.

O recorrente não trouxe ao processo nenhum elemento capaz de comprovar que os talonários de notas fiscais e a relação de estoque foram subtraídos do interior do veículo que transportava as mercadorias e, portanto, obtidos por meio ilícito. Do mesmo modo, as alegações recursais pertinentes à idoneidade do recorrente, ao parentesco do senhor Niepic de Almeida Nicolle e aos recolhimentos mensais efetuados não elidem a acusação.

Considerando, portanto, que restou comprovada a realização de operação de saída de mercadorias, em veículo, sem a emissão da correspondente documentação fiscal, sendo devido o imposto que foi exigido no presente Auto de Infração.

Em face do comentado acima, considero que a Decisão recorrida está correta e, em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **09063943/04**, lavrado contra **OPÇÃO COMERCIAL DE DOCES E ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.107,02**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

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