

A. I. Nº - 269439.0901103-0
AUTUADO - BISCOITOS SÃO BENEDITO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
AUTUANTE - RENATO REIS DINIZ DA SILVA
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 20.04.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0118/01-04

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÃO REALIZADA COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA PARA A OPERAÇÃO. TRANSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado, nos autos, que a documentação que dava trânsito à mercadoria era inidônea para aquela operação por não haver correspondência entre as mercadorias nela constante e a efetivamente transportada, inclusive no tocante ao seu destino. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/9/03 no trânsito de mercadorias, reclama imposto no valor de R\$1.142,40, acrescido da multa de 100%, pelo fato da constatação de divergência das quantidades de mercadorias constantes na nota fiscal apresentada para dar trânsito às mercadorias e aquelas efetivamente transportadas, em operação de venda em veículo.

Consta na “Descrição dos Fatos” consignado no corpo do Auto de Infração: Reutilização da nota fiscal nº 13515, emitido pelo contribuinte BISCOITOS SÃO BENEDITO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, para acobertar o trânsito de 494 caixas de biscoitos de diversos tipos uma vez que o referido documento fiscal estava destinado à empresa ROSALVO PASSOS JÚNIOR, I.E. nº 52318560, com endereço à Caminho C, casa 12, Urbis I, bairro de São Benedito, Santo Antonio de Jesus, ao passo que as mercadorias foram encontradas sendo negociadas na cidade de Itabuna.

No momento da ação fiscal foi lavrado o Termo de Apreensão nº 079428, em razão de ter sido apresentada a nota fiscal nº 013515, emitido pela empresa BISCOITOS SÃO BENEDITO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, na qual constam 759 caixas de biscoitos diversos. Segundo o motorista Sr. Eloi José de Souza Filho, no caminhão estão apenas 494 caixas de biscoitos de diversos tipos. Para descaracterizar o fato constatado, mais de quatro horas após a ação fiscal, apareceu o Sr. Rosalvo PASSOS JÚNIOR procedente de Santo Antonio de Jesus, apresentando a nota fiscal de remessa para veículo, de nº 001359, pertencente à uma série distinta do talão de notas fiscais que era numerado de nº 1401 a 1450, que encontrava-se em poder do motorista, simulando a operação como se fosse venda fora do estabelecimento. A citada nota fiscal nº 001359 e o talão de notas fiscais de nº 1401 a 1450, pertenciam à empresa ROSALVO PASSOS JUNIOR.

É importante salientar que o veículo que está transportando as mercadorias pertence à empresa BISCOITOS SÃO BENEDITO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., conforme cópias xerox anexas. Além disso, após visita a algumas empresas constantes nas notas fiscais emitidas pela empresa Rosalvo, constatou-se que a empresa constante na nota fiscal nº 1411, segundo declaração constante na xerox

da nota fiscal, não recebeu mercadoria nenhuma e em outra visita à empresa constante na nota fiscal nº 1412, não foi encontrada nenhuma empresa no local e nem o CNPJ nem a inscrição estadual existem.

Para formação da base de cálculo foi utilizado o preço de R\$1,75 por quilo, preço de pauta fiscal.

Foi feita a pesagem do caminhão na presença do motorista, na balança da empresa NESTLÉ, apurando o peso total de 10.480K e a tara informada pelo motorista do caminhão é de 7000K, restando 3.840K de biscoitos.

O autuado, por advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 27/35), apresentando as seguintes preliminares de nulidade à ação fiscal.

Primeira de que vendeu mercadorias para a empresa Rosalvo Passos Junior através da Nota Fiscal nº 013515, fazendo, também, a locação de um caminhão com a referida empresa. Portanto, era parte ilegítima da autuação, pois o verdadeiro dono das mercadorias e do caminhão, naquele momento, era o Sr. Rosalvo e não o impugnante. Além da cópia reprográfica do contrato de locação do veículo e do documento fiscal citado, observou que no Termo de Apreensão constava que as mercadorias foram liberadas por ordem judicial, através do Mandado de Segurança de nº 14003016192-5-1 impetrado por Rosalvo Passos Junior nos autos nº 6192-5/0 e pessoa quem conduziu toda o processo na Repartição Fiscal, inclusive atestado no referido termo. Entendeu como fator relevante a declaração do motorista do caminhão apreendido, que, no termo de depósito, esclareceu que se encontrava prestando serviços ao Sr. Rosalvo Passos Junior.

Como segunda preliminar de nulidade, ressaltou que no Termo de Apreensão de Mercadorias, conforme determinações do RICMS/97, devem, obrigatoriamente, serem observados alguns requisitos, tais como qualificação completa do autuado, matrícula fiscal, local, data e hora da sua lavratura, a assinatura do autuante e sua matrícula funcional. Em vista destes requisitos, afirmou que no Termo em discussão estes não foram observados pois:

- 1) O autuado encontra-se com a qualificação errada. O proprietário da mercadoria era a empresa Rosalvo Passos Junior, sendo esta, inclusive, a empresa que recebeu o DAE para quitação de débito, pelos fiscais (fl. 47).
2. O espaço reservado ao local e data da infração encontrava-se sem preenchimento, o que tornava a defesa administrativa improvável, pois qual seria o prazo inicial a se contar?
- 2) Não existia a descrição da legislação ferida pelo impetrante, o que lhe impediu de apresentar defesa por desconhecer o dispositivo legal violado por seu ato.
- 3) O autuante não demonstrou ser capaz para lavrar o Termo de Apreensão.

Diante de tais fatos, entendeu não restar dúvida de que o Auto de Infração deveria se anulado. Invocou, ainda, o abuso de poder dos agentes fiscais, discorrendo sobre o assunto e analisando o art. 940, § 1º, do RICMS/97 para afirmar que, ao caso em tela, não se aplicava.

Continuando a assinalar erros no Termo de Apreensão, disse que não foram observados os seguintes requisitos:

1. O preposto fiscal deveria ter especificado na forma mais detalhada possível, a marca, tipo e quantidade das mercadorias apreendidas.

2. Deveria ter exigido representante legal do depositário, na ocasião da assinatura do Termo de Depósito, documentação comprobatória de tal condição (procuração, contrato social, registro de firma individual ou ata de assembléia de acionistas).

3. O Termo de Apreensão deveria ter sido preenchido em letra de forma, para maior clareza e identificação.

Voltando a afirmar que a empresa Rosalvo Passos Júnior recebeu DAE para pagamento do imposto no próprio posto fiscal detentor da mercadoria, trouxe à lide decisão judicial (processo nº 2001.30.00.000585-2/1ª) para consubstanciar seu argumento. Além de que, o impugnante ao vender seus produtos já havia pago o imposto sobre a operação em favor do Sr. Rosalvo Passos Júnior, pois mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, não se podendo falar em simulação.

Além do mais, prejuízo algum sofreu o fisco, o que determinava a não aplicação da exorbitante multa imposta.

Requeru a nulidade da ação fiscal.

Auditora fiscal chamada para contra arrazoar os argumentos de defesa (fls. 54/57) ratificou o procedimento fiscal.

Observou que o contrato de locação do veículo apresentado não deveria ser aceito porque não havia qualquer prova de ter este sido confeccionado em data anterior à data da autuação, não foi apresentado no momento da ação fiscal e não estavam reconhecidas as firmas dos signatários, exibindo apenas selo de autenticação do tabelião, atestando que a cópia estava igual ao original, datada de 18/9/2003, três dias após a lavratura do Auto de Infração. Afora tais considerações, sendo o autuado a empresa proprietária do veículo que conduzia as mercadorias em situação irregular, acompanhadas de nota fiscal inidônea, não podia, legalmente, esquivar-se à responsabilidade pelo ICMS correspondente.

Embora o autuado tenha apresentado (fl. 46) cópia do Termo de Apreensão e Ocorrências com uma suposta declaração do motorista de que prestava serviços ao Sr. Rosalvo, observou que esta declaração não consta no documento original (fls. 7/8), evidenciando que foi dada posteriormente. Entendeu que o fato invalidava a versão apresentada pelo impugnante.

Ressaltou que no Termo de Apreensão, bem como no Auto de Infração, estão consignados, nos campos próprios, o local e a data da infração e os dispositivos legais infringidos (fls. 1 e 7), ao contrário do que alegou a defesa.

Afirmou, também, ser equivocado o argumento de que não foram observadas as determinações do art. 940, § 1º, do RICMS/97. Além do mais, a ação fiscal atendeu ao disposto no art. 15 do RPAF/99, tendo sido lavrado com vistas a documentar a infração cometida para efeito de constituição de prova material do fato, nos termos do art. 945 do referido regulamento e do art. 28, IV do RPAF/99, sendo assegurado ao autuado o direito de requerer a entrega definitiva, ou sob condição, das mercadorias apreendidas, nos termos do artigo 947, II, do RICMS/97, até discussão do mérito da lide.

Em relação à discriminação das mercadorias no Termo de Apreensão, ressaltou que no Termo de Apreensão foi mencionado o tipo da mercadoria - biscoitos diversos e a circunstância de ter sido utilizado como base de cálculo o preço por quilo, estabelecido em pauta fiscal.

VOTO

O impugnante suscita nulidade do lançamento fiscal trazendo aos autos dois argumentos que entendeu serem definitivos para a constituição do imposto ora cobrado.

Como primeiro argumento de que era parte ilegítima na lide, vez que não era proprietário das mercadorias, pois já as havia vendido à empresa do Sr. Rosalvo dos Passos Júnior e de que o veículo a esta empresa havia sido alugado, conforme contrato de locação cuja cópia anexou aos autos (fls. 42/44).

Foram apreendidas 494 caixas de biscoitos de diversos tipos. No momento da ação fiscal, o motorista do veículo apresentou a Nota Fiscal nº 013515, emitida pelo autuado, para efetuar vendas ao Sr. Rosalvo Passos Junior, em cujo documento está consignada a venda de 759 caixas de biscoitos. Este documento foi emitido em 1/9/03 e a apreensão se deu em 5/9/03. A empresa Rosalvo Passos Junior é estabelecida em Santo Antonio de Jesus e as mercadorias foram apreendidas em Itabuna. Foi lavrado o Termo de Apreensão nº 079428 (fl. 9).

O fato do Sr. Rosalvo ter se apresentado, posteriormente, com a Nota Fiscal nº 001359, com natureza de operação de “remessa para veículos” e de ter apresentado as Notas Fiscais nº 1411 a 1416 (fls. 12/17) não descaracteriza o fato, ou seja, no momento da ação fiscal as mercadorias se faziam acompanhar de nota fiscal inidônea para a operação, não podendo ser, posteriormente, provado que tais mercadorias eram as mesmas daqueles documentos apresentados. Ressalto que somente em circunstâncias especiais, onde fique claramente comprovado que somente tenha existido erro de natureza acessória é que se pode aceitar documentos posteriores a ação fiscal. É por isto que o RICMS/97 (Dec. nº 6.824/97) no seu art. 911, § 5º determina que o trânsito irregular de mercadoria não de corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal. O fato não foi provado.

Desta forma, provada a inidoneidade do documento fiscal apresentado para a operação, ou seja, a Nota Fiscal nº 013515, emitida pelo autuado e de que as mercadorias foram apreendidas no trânsito não em Santo Antonio de Jesus e sim em Itabuna, ou seja, em roteiro diverso do consignado no documento fiscal, não posso, dentro das determinações legais, concordar com o autuado. Ele é parte legítima da lide.

Se as mercadorias foram liberadas através de Mandado de Segurança impetrado pelo Sr. Rosalvo, que este senhor tenha conduzido toda o processo na Repartição Fiscal, e de que a fiscalização entregou ao sr. Rosalvo DAE para pagamento do imposto, estes fatos não invalidam a ação fiscal como realizada. Ao contrário, era somente assim poderia ter sido feita, em obediência a norma tributária.

Por outro lado, se o caminhão estava em poder do Sr. Rosalvo, tendo em vista Contrato de Aluguel realizado, é situação que leva, da mesma forma, a ser considerada legítima a autuação como realizada. A mercadoria estava sendo transportada pelo veículo VWC. 15.190, placa policial JOO 9369, conforme atesta o próprio contrato de locação trazido pelo defendente e cujo proprietário é o autuado. A declaração feita posteriormente do motorista do caminhão afirmando que estava prestando serviço ao Sr. Rosalvo não tem o condão de descaracterizar quem era de fato o proprietário do veículo. A mercadoria estava sendo transportada por transporte de carga própria. Pela norma regulamentar, é o autuado o responsável pelo pagamento do tributo na condição de transportador, conforme determinação do art. 39, I, d, do RICMS/97.

Pelo exposto não posso acolher a arguição de nulidade por ilegitimidade passiva levantada pelo impugnante.

Como segunda preliminar, o impugnante afirmou que o Termo de Apreensão era nulo. Nesta linha de raciocínio apresentou os seguintes argumentos.

Primeiro e conforme determinações do RICMS/97, deve possuir, obrigatoriamente, alguns requisitos, como: qualificação do autuado, local, data e hora da sua lavratura, a assinatura do autuante e sua matrícula funcional, que não foram observados. Não tem razão o defendente. No Termo de Apreensão nº 079428 (fl. 9) consta claramente o nome e qualificação do autuado, que é o sujeito passivo tributário responsável pelo pagamento do tributo conforme já explanado, data e hora de sua lavratura e não sem preenchimento e o nome do preposto fiscal que o lavrou. Ressalto que no trânsito de mercadorias pode o agente de tributo lavrar o Termo de Apreensão conforme determina o art. 941, do RICMS/97. Compete ao auditor lavrar o Auto de Infração. Ademais, neste termo não existe a necessidade da descrição da legislação infringida. Este fato está consignado no corpo do Auto de Infração, quando foi realizado o lançamento do imposto, ou seja, art. 417, 209, 218 combinado com o art. 43 do RICMS, aprovado pelo Dec nº 6.284/97.

Invocou, ainda, abuso de poder dos agentes fiscais. Mais uma vez tenho que discordar do impugnante. Conforme já explanado, a irregularidade foi provada. Assim, determina o art. 940, II, do RICMS/97 que o fisco deve apreender as mercadorias transportadas sem a documentação fiscal exigível e lavrar o termo de apreensão para constatar o fato. E, todos os requisitos no § 1º do citado artigo foram cumpridos, conforme já dito. Assim, não existe qualquer fato que possa ser argüido como cerceamento do pleno direito de defesa.

Quanto as demais afirmativas do impugnante, baseadas nas conclusões a que chegou após análise do termo em discussão, tenho a dizer:

1. Embora o preposto fiscal deve especificar na forma mais detalhada possível, a marca, tipo e quantidade das mercadorias apreendidas, este fato não impediu o sujeito passivo de exercer seu direito de defesa, como realizado.
2. Na ocasião da apreensão das mercadorias foi exigida e entregue a documentação comprobatória do proprietário do veículo.
3. O Termo embora não preenchido em letra de forma, requisito não previsto na legislação, está claro e sem qualquer dificuldade de leitura.

Mais uma vez, não posso aceitar estes argumentos como determinantes à nulidade do Termo de Apreensão e, conseqüentemente, da ação fiscal.

Isto posto e já que ao abortar o argumento de defesa quanto à primeira preliminar de nulidade invocada tive de adentrar no mérito da lide, reafirmo que provado está a irregularidade cometida e que o infrator é o autuado.

Quanto ao argumento de que não houve prejuízo ao Erário, pois a mercadoria se encontra enquadrada no regime da substituição tributária, observo que teria pertinência a alegação defensiva se fosse comprovada, através do documento fiscal, a legalidade da operação, já que, neste caso, a fase de tributação se encontra encerrada. Porém, como dito, este fato somente se comprova com os documentos fiscais, o que não é o caso da presente demanda.

Em relação à decisão judicial (processo nº 2001.30.00.000585-2/1ª) que o impugnante trouxe aos autos para corroborar seus argumentos, a matéria não se aplica ao caso presente.

Por fim, as mercadorias foram pesadas e sobre este peso aplicado o preço de Pauta Fiscal para determinação do valor de base de cálculo do ICMS devido. Não houve qualquer contestação a

respeito do assunto.

Atenho-me a irresignação do autuado quanto a multa aplicada, prevista na norma regulamentar. A lei do ICMS escalona percentuais de multa conforme a gravidade da irregularidade constatada. No presente caso, a supra citada lei determina:

Art. 42 – Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

.....

IV – 100% (cem por cento) do valor do imposto:

a) quando a operação ou prestação estiverem sendo realizadas sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea;

b)

O autuante aplicou o percentual de multa de 100%. Portanto, correta a ação fiscal, pois pautada nos ditames da legislação tributária estadual.

Pelas razões expostas, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269439.0901103-0**, lavrado contra **BISCOITOS SÃO BENEDITO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, devendo ser intimado o contribuinte para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.142,40**, acrescido da multa de 100% prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2004.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR