

A. I. N° - 000.906.391-9/04
AUTUADO - OPÇÃO COMERCIAL DE DOCES E ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COÊLHO
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 03.08.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0279-02/04

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CIRCULANDO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Restando caracterizada a entrega de mercadorias a terceiro sem documento fiscal, é legal a exigência de imposto do detentor da mercadoria em situação irregular, desacompanhada da documentação fiscal correspondente, no caso o estabelecimento autuado. Rejeitada a preliminar de nulidade da autuação. Infração caracterizada no Termo de Apreensão de Mercadorias. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 23/01/2004, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$ 2.310,56 mais a multa de 100%, tendo em vista que foram encontradas no veículo Placa Policial JMJ-7519, na cidade de Ipiaú, as mercadorias constantes na Declaração de Estoque no Termo de Apreensão e Ocorrências nº 116901, desacompanhadas da respectiva documentação fiscal, tudo conforme documentos às fls. 02 a 09.

Foi dado como infringido o artigo 201, combinado com o artigo [391], “d”, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, com aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado em sua defesa às fls. 19 a 27, dizendo que a empresa é cumpridora de suas obrigações fiscais, argüi preliminarmente que não pode concordar com a acusação fiscal de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal sem a realização do levantamento quantitativo de estoques. Aduz que a ação fiscal cingiu-se basicamente na acusação de omissão de saídas aplicando as penalidades previstas na legislação estadual que restringe ao crédito do contribuinte.

Salienta que as autoridades fiscalizadoras, sob alegação de que é uma prerrogativa do Poder Judiciário, têm se omitido à análise do questionamento apresentado nas defesas dos contribuintes ao tratar da constitucionalidade da legislação fiscal, e que esse entendimento tem sido repudiado pela doutrina, citando os ensinamentos de renomados juristas.

Diz que a faculdade de cobrar está prevista na Constituição, e que não cabe à autoridade administrativa deixar de apreciar tais questionamentos, e tomar posição alheia ao ordenamento constitucional, desprezando princípio da ampla defesa.

Analizando o mérito, o representante do autuado formulou sua defesa alegando que:

- a) Houve equívoco no enquadramento legal, por entender que os artigos citados não se coadunam com a acusação fiscal;

- b) Ao ser abordado o veículo foi solicitado ao motorista e ao vendedor que deixassem a parte interna do veículo aberta, sendo encontrada uma relação de mercadorias que foi considerada como mercadorias comercializadas sem a respectiva nota fiscal de venda, e que dita relação foi emitida pelo seu fornecedor situado em Vitória da Conquista nos termos do artigo 417 do RICMS/97;
- c) No ato da fiscalização não estava de posse das mercadorias, e tão somente da citada relação de mercadorias, e que não foi solicitada a documentação fiscal a ela pertinente, qual seja, notas fiscais de entradas, vendas e retorno para o estabelecimento, tendo sido presumido pelo autuante a comercialização de mercadorias sem documentação fiscal em razão de não terem sido entregues as notas fiscais de vendas das mercadorias constantes na relação;
- d) Tal presunção não pode servir de base para a autuação, pois o transporte das mercadorias poderia ter ocorrido em operação que não constitui fato imponível do ICMS;
- e) Embora exista no RICMS a figura da presunção, não poderia a autuação ter aplicado diferentemente do que prescreve o artigo 99 do CTN, sem a observância do disposto no artigo 60 do RICMS/97, verificando os registros na escrituração contábil, relativamente a hipótese de estouro de caixa;
- f) Depois da averiguação do veículo, deveria ter sido feita uma diligência para verificar se as mercadorias constantes no romaneio se encontravam no depósito da empresa, cujo respaldo da entrada das mercadorias está nas notas fiscais nºs 76952; 227673; 230143; 7824; 8887; 8898; 8612; 8821; 8755 e 8675;
- g) Não pode ser penalizado, pois não teve a oportunidade de apresentar a documentação fiscal durante a ação fiscal, nos termos do artigo 140 do RICMS/97;
- h) O auditor fiscal não satisfeito com a autuação, no dia 26/01/04, lavrou outro Auto de Infração nº 000.906.391-9 com o mesmo embasamento, e que esse comportamento da fiscalização demonstra que está sendo vítima de discriminação.

Em seguida, transcreveu o artigo 11, inciso I, do RICMS/97, para mostrar que foi desconsiderado o princípio da territorialidade, bem como que a cobrança do imposto é cobrada no momento físico da operação, no traslado entre o revendedor e o consumidor final, sendo levado em consideração apenas que o saldo de Caixa ficaria credor após o pagamento das notas fiscais relacionadas.

Falou também que o autuante para comprovar a sua presunção deveria ter considerado os livros fiscais, e verificar o estoque de mercadorias, caso contrário não poderia aferir o princípio da proporcionalidade.

Por fim, o autuado requer seja acatada sua preliminar de cerceamento de defesa, e que seja realizada diligência para apurar os seus registros contábeis.

O autuante inicia sua informação fiscal às fls. 40 a 43 dizendo que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Em seguida, para comprovar que o autuado se encontrava realizando vendas de mercadorias no veículo placa JMJ-7519, sem a emissão da documentação fiscal exigida, o preposto fiscal argumentou que:

1. Quando da autuação os talonários de notas fiscais apresentados estavam vencidos desde 16/10/2003 (docs. fls. 02 a 06);
2. É inverídica a afirmação da inexistência de autos de infração em nome do autuado, conforme comprovam os documentos às fls. 44 a 47;
3. Consta no cadastro fazendário como sócios da empresa Amélia dos Santos Pereira e Dilma dos Santos Pereira, porém o real proprietário é Niepic de Almeida Nicolle, que assinou o Auto de

Infração e demais peças, inclusive que o débito mensal do ICMS era feito na conta de energia de um parente seu (docs. fls. 48, 48, 50 a 57);

4. O levantamento dos estoques encontra-se às fls. 08 a 10, e corresponde à “Posição Carga” número 000602 emitida pelo autuado (docs. fls. 11 a 14);
5. Admite que houve erro no enquadramento legal, dizendo que os dispositivos legais corretos são: artigo 201 combinado com o artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97;
6. Que o veículo foi localizado em frente a um estabelecimento comercial para efetuar a entrega dos produtos, conforme relação denominada de “Posição Carga Nr 000602”, que se encontrava em poder do entregador;
7. Que a real atividade do estabelecimento é “Comércio Atacadista de Mercadorias em Geral – CNAE 5191800 (doc. fl. 48), tornando descabida a alegação de que as mercadorias pertenciam a terceiros, pois não foi obedecido o que dispõe o artigo 417 do RICMS/97, citado na defesa;
8. O contribuinte não foi autuado por presunção, mas sim, pela constatação de que estava realizando operações com mercadorias sem a emissão da documentação fiscal exigida por Lei;
9. Ao serem apresentadas dez notas fiscais incompatíveis nas quantidades, mercadorias e valores, o contribuinte contradisse sua razão de defesa de que não teve a oportunidade de apresentar a documentação no momento da autuação;
10. A assinatura do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos à fl. 07 e a Declaração de Estoque às fls. 08 a 10, demonstram e comprovam as ocorrências;
11. Não foi lavrado outro auto de infração na mesma ação fiscal, esclarecendo que no dia 26/01/04 constatou outro veículo da empresa de placa policial JLH-6069 cometendo o mesmo ilícito do presente;
12. O demonstrativo de arrecadação às fls. 15 e 16 demonstra que durante o período de 2003 a março de 2004 o autuado não efetuou nenhum recolhimento sob código de receita 1844 (ICMS de empresa de pequeno porte/SimBahia inscrito), e os únicos recolhimentos se referem a parcelamento e autos de infração e substituição tributária em valores ínfimos.

Finaliza ratificando o seu procedimento.

Consta à fl. 60, que em cumprimento ao despacho do CONSEF, o autuado foi cientificado pela Infaz Ipiaú da informação e dos documentos a elas acostados, conforme “ciente” através da assinatura da mesma pessoa que assinou o recurso defensivo às fls. 19 a 27.

Apesar disso, na Pauta Suplementar do dia 29/04/2004, o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem para que fosse expedida intimação sobre a informação fiscal, tendo o autuado sido intimado em 11/05/04, porém no prazo estipulado não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, com fulcro no artigo 147 do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência requerido pelo autuado por considerar que os autos contêm todos os elementos para minha convicção a respeito da lide.

Considerando que o mérito da autuação se confunde com a preliminar argüida pelo sujeito passivo, analisarei ambas conjuntamente na forma que segue.

Quanto a questão formal, observo que a autuação em momento algum impediu o exercício da ampla defesa e do contraditório, pois, embora a infração tenha sido assinalada no Auto de Infração como “operação ou prestação sem documentação fiscal”, o sujeito passivo demonstrou ter entendido que o

motivo determinante da apreensão foi em razão das mercadorias constantes na Declaração de Estoque às fls. 08 a 10 se encontrarem desacompanhadas da documentação fiscal de origem sendo comercializadas na cidade de Ibirataia no veículo Placa JMJ-7519, conforme consta no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos à fl. 07.

No tocante a alegação de que as autoridades fiscalizadoras têm se omitido de questões de constitucionalidade da legislação fiscal, além de realmente não se incluir na competência do órgão julgador apreciar tais questões (art. 167, I, do RPAF/99), no presente caso, observo que não foi aplicada penalidade prevista na legislação estadual que restrinja o crédito do contribuinte, haja vista que as mercadorias foram apreendidas fora do estabelecimento desacompanhadas da documentação competente, em local em frente a um estabelecimento comercial para efetuar a entrega dos produtos, conforme relação denominada de “Posição Carga Nr 000602”, o que autoriza a conclusão que foram vendidas a terceiros ou noutras palavras que houve omissão de venda/saídas de mercadorias representada pelas mercadorias constantes na Declaração de Estoques.

Quanto ao erro na indicação do dispositivo infringido, nota-se que o equívoco é decorrente da citação do artigo 391, ao invés de 39, porém, tal incorreção foi devidamente esclarecida na informação fiscal, e o autuado foi devidamente intimado pela repartição fazendária a tomar conhecimento por duas vezes (docs. fls. 60 e 64), ficando sanada a ocorrência nos termos do § 1º do artigo 18 do RPAF/99.

Desta forma, não há porque cogitar na nulidade da ação fiscal por não se enquadrar a pretensão do autuado em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto aos demais argumentos defensivos, constato que o autuante conseguiu derrubar, com a devida comprovação (docs. fls. 44 a 59), todas as alegações defensivas, notadamente, que na abordagem do veículo foi possibilitado ao autuado comprovar a origem e a destinação das mercadorias, tanto que foram apresentadas as notas fiscais às fls. 03 a 06, que não foram aceitas em virtude de vencido o prazo de validade das mesmas. Considero correto o procedimento do autuante, pois, realmente os citados documentos fiscais, nos termos do artigo 209, inciso III, do RICMS/97, podem ser considerados como inidôneos por não guardar requisito regulamentar inerente a utilização após vencido o prazo de validade neles indicados, ressaltando que ficou reforçado a inidoneidade dos documentos fiscais, pois a apreensão das mercadorias ocorreu em 23/01/04, e as notas fiscais contêm datas de saídas nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2003, levando-se a conclusão de suas reutilizações para dar trânsito às mercadorias.

Além disso, considerando que o autuado tomou conhecimento da informação fiscal em 12/04/04 (doc. fl. 60), e dia 11/05/04 (doc. fl. 64), e se silenciou, tomo por base para o deslinde da questão em comento os esclarecimentos e comprovações apresentadas na informação fiscal, pois o fato alegado por uma das partes quando a outra não o contestar será considerado como verídico se o contrário não resultar no conjunto das provas (art. 140, do RPAF/99).

Assim, restando comprovado e esclarecido que o estabelecimento autuado não vinha cumprindo com suas obrigações fiscais; que a infração imputada se enquadra no artigo 201 combinado com o artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97; que existem vários processos oriundos de autos de infração em nome do autuado; que o veículo se encontrava em frente a um estabelecimento comercial para efetuar a entrega dos produtos, conforme relação denominada de “Posição Carga Nr 000602”, que se encontrava em poder do entregador; que não foi comprovado que as mercadorias pertenciam a terceiros; que não há provas de que em 26/01/04 tenha sido lavrado outro Auto de Infração contendo a mesma ocorrência da presente; que as notas fiscais nºs 76952; 227673; 230143; 7824; 8887; 8898; 8612; 8821;

8755 e 8675 não foram aceitas por incompatibilidade nas quantidades, mercadorias e valores, concluo que restou caracterizada a infração imputada ao sujeito passivo.

Nestas circunstâncias, não considero que a acusação fiscal não se trata de presunção, pois a mesma está baseada nas mercadorias relacionadas na Declaração de Estoques às fls. 08 a 10 que se encontravam no veículo para entrega a terceiros, e o autuado não logrou êxito na comprovação da origem ou destinação das mercadorias, devendo, por isso, nos termos do artigo 39, inciso V, alínea “d”, do RICMS/97, responder para pagamento do imposto e das cominações legais.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade e no mérito voto PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.^º **000.906.391-9/04**, lavrado contra **OPÇÃO COMERCIAL DE DOCES E ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.310,56**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, IV, “a” da Lei n.^º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR