

A. I. N° - 000.906.394-3/04
AUTUADO - OPÇÃO COMERCIAL DE DOCES E ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - INFAZ IPIAÚ
INTERNET - 03.09.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0320-03/04

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. MERCADORIAS CIRCULANDO SEM A CORRESPONDENTE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 26/01/04, para exigir o ICMS no valor de R\$2.107,02, acrescido da multa de 100%, pela constatação de operação de circulação de bebidas alcoólicas desacompanhadas da documentação fiscal própria, conforme o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 101739 acostado à fl. 2 dos autos.

O autuado apresentou defesa (fls. 12 a 20), inicialmente declarando que é um cumpridor de suas obrigações sociais e fiscais “tanto que não constam nenhum registro de Auto de infração em toda sua trajetória de operação”.

Suscita a nulidade do lançamento, sob o argumento de que “as autoridades fiscalizadoras têm se omitido ou furtado à análise do questionamento apresentado nas defesas dos contribuintes ao tratar da inconstitucionalidade da legislação fiscal, cuja interpretação dada à matéria é contrária ao interesse da fiscalização, alegando não ser objeto de apreciação nessa esfera administrativa, mas sim uma prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário”.

Alega, ainda, que o autuante cometeu um equívoco na capitulação da infração, ao indicar como infringidos os artigos 201 e 391, do RICMS/97.

No mérito, descreve os fatos e afirma que atua como distribuidor de mercadorias e que a relação, utilizada para consubstanciar o lançamento, foi emitida por um seu fornecedor situado em Vitória da Conquista, operação que se enquadra no artigo 417, do RICMS/BA. Aduz que a fiscalização não lhe solicitou as notas fiscais de entradas, vendas ou retorno e sim, as notas fiscais correspondentes à relação de mercadorias apreendida no interior do veículo, “daí a presunção de comercialização de mercadorias sem documentação fiscal”.

Argumenta que não pode ser aplicada a presunção, na presente situação, pois a suposta mercadoria “poderia ter sido para mudança de sede, filial, comodato, demonstração e doação, etc, que não constitui fato imponível do ICMS” e que o autuante deveria ter verificado seus registros na contabilidade para averiguação de estouro de caixa.

Acrescenta que o preposto fiscal deveria também ter efetuado uma diligência para verificar “se as mercadorias constantes no romaneio estavam acondicionadas no depósito da empresa, fato que não foi levado em consideração na ação fiscal”, e acosta diversas notas fiscais às fls. 23 a 32 dos autos.

Assegura que o autuante já havia cometido uma arbitrariedade, ao lavrar o Auto de Infração n° 000.906.391-9, com o mesmo fundamento, e que está sendo “vítima de discriminação”. Transcreve

o artigo 11, sem dizer a que diploma legal ele se refere, e argumenta que a cobrança do imposto deve ser feita no momento físico da operação, “no traslado entre o revendedor e o consumidor final” e que “nas situações citadas no Auto de Infração estes fatores foram desconsiderados, apenas levando em consideração que o saldo de caixa ficaria credor após o pagamento das notas fiscais relacionadas”.

Por fim, pede a realização de diligência, “com o intuito de apurar os registros contábeis da requerente”, e solicita requer a nulidade do lançamento, em face da ocorrência de cerceamento de seu direito de defesa.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 33 a 36), ressalta, inicialmente, que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, a teor do artigo 143, do RPAF/99, e que o autuado foi flagrado realizando vendas de mercadorias no veículo, sem a emissão da documentação fiscal exigida por lei. Afirma que, apesar de se declarar cumpridor de suas obrigações sociais e fiscais, o contribuinte apresenta um histórico que contradiz a sua assertiva, tendo em vista que já foi autuado em outras oportunidades (fls. 37 a 40).

Quanto às alegações defensivas, argumenta que:

1. o contribuinte, no momento da ação fiscal, encontrava-se com seus talonários de notas fiscais vencidos desde 16/10/03, portanto, há mais de três meses, conforme o documento de fl. 7, e que, até a presente data, ainda não regularizou a sua situação;
2. apesar de constar como sócias as Sras. Amélia dos Santos Pereira e Dilma dos Santos Pereira (fl. 41), é do conhecimento de todos que o real proprietário da empresa é o Sr. Niepic de Almeida Nicolle, o qual assinou o Auto de Infração e as peças que o compõem, e, além disso, a conta de energia na qual é feito o débito do ICMS pertence a um seu parente (fls. 49 e 50);
3. concorda que houve um erro na indicação do enquadramento legal, quando o correto seria ter mencionado o artigo 201 combinado com o artigo 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, mas que tal equívoco não invalida o lançamento, conforme preceitua o § 1º do artigo 18 do RPAF/99;
4. o veículo do autuado foi abordado pela fiscalização, quando saía de seu estabelecimento para efetuar a entrega das mercadorias relacionadas no documento denominado de “Posição Carga Nr 000603”, emitido pelo autuado e devidamente 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;
5. a real atividade do contribuinte é o “comércio atacadista de mercadorias em geral” (CNAE nº 5191800 – fl. 41) e, portanto, não merece guarida a insinuação do sujeito passivo, de que as mercadorias encontradas no veículo seriam de propriedade de terceiros;
6. a autuação não foi feita por presunção e sim pela constatação de que a empresa estava realizando operação de saídas de mercadorias sem a emissão dos documentos fiscais exigidos legalmente;
7. quanto à assertiva do autuado, de que as mercadorias poderiam estar sendo transportadas em razão de mudança de sede, para filial, em comodato, para demonstração ou em doação, reserva-se o direito de não comentá-la, “vez que se trata de um deboche que desrespeita ao Autuante, aos Julgadores e a própria sociedade que paga religiosamente os seus tributos”;

8. ao apresentar cópias de dez notas fiscais (incompatíveis em quantidades, mercadorias e valores com os constantes neste Auto de Infração), o autuado contradiz o que foi dito no item “c” das “Razões de Mérito” de sua peça defensiva;
9. indaga se o representante do contribuinte seria tão ingênuo a ponto de assinar um Termo de Apreensão (fl. 2), onde consta que o motivo determinante da ação fiscal foi a constatação de comercialização de mercadorias sem nota fiscal, e, ainda, de assinar o romaneio “Posição Carga Nr 000603”, dando-lhe valor legal;
10. não está havendo nenhuma discriminação em relação ao autuado, pois o que ocorreu é que, três dias antes desta ação fiscal, deparou-se com outro veículo pertencente ao contribuinte, conduzido por outro motorista, com outra “Posição Carga” e com outras mercadorias sendo transportadas sem a competente documentação fiscal;
11. salienta 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 ao tributo devido por substituição tributária, estes “em valores pífios” (fls. 51 e 52).

Por fim, ratifica o procedimento fiscal.

Tendo em vista que o preposto fiscal anexou novos elementos ao PAF, o autuado foi intimado (fl. 53), mas não se pronunciou nos autos.

Considerando que: a) apesar de ter sido cientificado, não há prova de que a repartição fazendária informou o autuado de que teria direito a se manifestar no prazo de 10 dias sobre os elementos juntados pelo preposto fiscal; b) o autuado foi intimado em 12/04/04 e o PAF foi recebido no CONSEF no dia 16/04/04, cerceando o direito de defesa do contribuinte, esta 3ª JJF decidiu converter os autos em diligência à Inspeção de origem para que reintimasse o contribuinte a se pronunciar no prazo de dez dias, fornecendo-lhe fotocópias dos documentos de fls. 33 a 52 dos autos.

O sujeito passivo foi novamente intimado em 25/05/04 (fl. 56), porém preferiu não se manifestar.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99.

Deixo de acatar a preliminar suscitada pelo autuado, já que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Rejeito, ainda, a outra preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em obediência às normas legais, atendendo às formalidades previstas no artigo 39, do RPAF/99. Embora tenha havido equívoco do autuante, na indicação dos artigos do RICMS/97 que foram infringidos pelo contribuinte, os fatos encontram-se bem descritos no Auto de Infração deixando evidente o seu enquadramento legal, não implicando, portanto, a sua nulidade, a teor do artigo 19 do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o imposto, no trânsito de mercadorias, porque o autuado teria efetuado operações de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Da análise dos documentos, verifico que:

1. o Termo de Apreensão nº 101739 foi lavrado no dia 26/01/04, às 7h30m e relata a irregularidade da seguinte forma: “Mercadorias desacompanhada de documentação fiscal de origem. (...). Mercadorias sendo transitadas na cidade de Ipiaú no veículo placa policial JLH-6069 conduzido pelo motorista Luciano Chagas” – “Relação conforme romaneio anexo” (fl. 2);
2. às fls. 3 a 6, foi acostado um documento denominado “Posição Carga Nr 000603”, datado de 25/01/04 e emitido pelo contribuinte autuado (Opção Comercial de Doces e Alimentos Ltda.), apresentando como vendedor o Sr. Luciano (Bilu) - o mesmo nome do motorista do caminhão -, com a discriminação das mercadorias, suas quantidades e preços. Isso refuta, a meu ver, a alegação defensiva, de que a referida relação foi emitida por um fornecedor do autuado, situado em Vitória da Conquista, ainda mais quando se verifica que a ação fiscal ocorreu na cidade de Ipiaú;
3. ambos os documentos acima mencionados (o Termo de Apreensão nº 101739 e o documento “Posição Carga Nr 000603”) foram assinados pelo Sr. Niepic de Almeida Nicolli, CPF nº 602.754.805-34, que se apresentou como procurador da empresa, sendo, ainda, a mesma pessoa que assinou o presente Auto de Infração e o Termo de Depósito das mercadorias.

Pelo exposto, entendo que está devidamente comprovada a irregularidade apontada, isto é, o transporte, feito pelo autuado, de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, haja vista que o romaneio que acobertava as mercadorias (“Posição Carga Nr 000603”) não tem nenhum valor legal para acobertar o transporte de mercadorias, papel reservado aos documentos fiscais.

Ressalte-se que o contribuinte está inscrito como atacadista de alimentos em geral e lhe compete emitir as notas fiscais, sempre que promover saídas de mercadorias, antes mesmo que os produtos deixem o seu estabelecimento.

Ademais, não há como acatar as notas fiscais de entradas acostadas pelo autuado, uma vez que as mercadorias foram apreendidas quando transitavam sem documentação fiscal e não quando se encontravam em seu estabelecimento. Os únicos documentos aceitáveis, na situação, são as notas fiscais de saídas e não as de origem das mercadorias, ainda mais quando divergem, em tipos de produtos e quantidades, daquelas mercadorias que foram apreendidas pela fiscalização e são objeto deste lançamento.

Por fim, deve-se deixar claro que o documento fiscal deve ser emitido em todas as saídas de mercadorias realizadas pelos contribuintes, seja a que título for: “mudança”, venda, transferência, comodato, demonstração, doação etc, não podendo, assim, ser aceito o argumento defensivo.

Dessa forma, considero que o procedimento efetuado pela fiscalização comprovou a infração indicada no lançamento, isto é, a realização de operações de saídas de mercadorias, em veículo, sem a emissão de notas fiscais.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **000.906.394-3/04**, lavrado contra **OPÇÃO COMERCIAL DE DOCES E ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **RS\$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 agosto de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - JULGADORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR