

PROCESSO - A. I. Nº 269439.0869/04-7
RECORRENTE - F. B. MARTINEZ & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0060-01/05
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 17/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0182-12/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. OPERAÇÃO REALIZADA SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Modificada a Decisão recorrida. Ajustado o valor do imposto com base na grandeza de volume (metro cúbico) e na pauta fiscal vigente à época dos fatos. Rejeitada a argüição de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVÍDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso Voluntário interposto em relação ao Acórdão nº 0060-01/05 que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, cuja acusação foi de estar transportando mercadorias sem documentação fiscal, sendo constatada a diferença a mais de 7.140 kg nas mercadorias destinadas à empresa Pedreiras Brasil S/A, situada no Estado do Espírito Santo, de acordo com as Notas Fiscais nºs 134 e 137, onde constam como peso das mercadorias, respectivamente, 18.000 kg e 12.000 kg, sendo que a tara do caminhão, segundo o motorista, é de 18.000 kg, o tíquete de pesagem anexo acusou o total de 55.140 kg e foi utilizado o valor de pauta fiscal para formação da base de cálculo, que é de R\$ 450,00 por tonelada, exigindo ICMS no valor de R\$ 546,21. Foi lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 269439.0869/04-7 (fls. 24 e 25), constando que foram apreendidas 7,14 toneladas de granito rosa.

Julgado em Primeira Instância, o Auto de Infração foi declarado Procedente, pelas seguintes razões:

“O presente processo exige ICMS por estar transportando mercadorias em quantidades excedentes às relacionadas nas Notas Fiscais nºs 134 e 137, constatadas na pesagem efetuada no posto fiscal, conforme tíquete anexado.

O autuado requereu a nulidade do Auto de Infração, com base no princípio da legalidade e ampla defesa, por entender que o fato apurado, ou seja, a diferença de peso, não coincide com a tipificação, que é a falta de documentação fiscal.

Entendo que o autuado está equivocado e rejeito a nulidade argüida, pois não foi evidenciado nenhum vício formal no enquadramento da infração ou na tipificação da multa, o qual se refere especificamente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, no caso em tela de parte das mercadorias.

O autuado, por ocasião de sua peça defensiva, alegou que foi colocada a medida correta em metros cúbicos, sendo que o erro no peso constante das notas fiscais decorreu de erro de cálculo, mas que isso não importa porque possui a qualidade de imune do tributo, mesmo motivo pelo qual entende que não há o que se cogitar de pauta fiscal.

No tocante à alegação de que o volume transportado estava corretamente indicado nos documentos fiscais, havendo erro somente em relação à indicação do peso, entendo que a mesma não pode prosperar, tendo em vista que a indicação correta do peso é exigida pelo art. 219, VI, “o” e “p” do RICMS/97 e, além disso, o autuado não fez nenhuma prova para comprovar seus argumentos, sendo que, a teor do art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de

legitimidade da autuação fiscal. Reforçando este entendimento, constato que a relação entre o peso e o volume não é a mesma em ambas as Notas Fiscais nºs 134 e 137.

Quanto à imunidade, entendo que só pode ser reconhecida às mercadorias que estavam acobertadas por documentação fiscal, o que não é o caso das mercadorias que excederam às relacionadas nas respectivas notas fiscais.

Dianete do exposto, entendo que a infração está caracterizada, pois ficou demonstrado que o excedente de mercadoria estava circulando sem documentação fiscal, ressaltando ainda que está correto o estabelecimento da base de cálculo de acordo com a pauta fiscal, conforme disposto no art. 938, V, “b”, 2 do RICMS/97.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância, o autuado apresenta o seguinte Recurso Voluntário que aqui transcrevo:

“DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Devido aos princípios da legalidade e tipicidade o Auto de Infração deve ser claro e preciso de modo a não provocar confusão em sua intelecibilidade.

Assim, deve, o Auto de Infração ser preciso na tipificação da infração.

No presente caso foi lavrado ao Auto de Infração onde consta do campo infração o **transporte de mercadorias sem documentação fiscal**. Entretanto há a documentação.

Na descrição dos fatos da autuação, narrou-se a diferença do peso, constando uma diferença de 7,14 toneladas.

Desta forma, a tipificação, em tese, seria a de transporte de mercadoria com notas inidôneas por conterem declaração inexata, conforme art 44, II, da Lei nº 7.014/96, ou seja, possuam o peso incorreto.

Mas a autuação, frisa-se, novamente, não foi pela inidoneidade, mas tão-somente pela ausência de documentação fiscal.

Os dispositivos não existem por si só, mas são parte de um todo maior que é o ordenamento, devendo ser interpretados dentro deste conjunto. O principal fim da norma do citado art 42, IV, “d”, é evitar a fraude contra o fisco e a evasão fiscal.

Assim, ao aplicar a sanção à sociedade empresária esqueceram de dar atenção ao disposto no parágrafo único do art 44 da Lei nº 7.014/96, que assevera que nos casos das alíneas “a”, “c” e “d” do inciso II, somente se considerará inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades forem de tal ordem que o tornem imprestável para os fins a que se destine. O fim é a arrecadação fiscal. A Sociedade é imune ao referido tributo.

Enfim, o documento só será considerado inidôneo por inexatidão das informações se a inexatidão tiver o escopo de tornar as notas imprestáveis para a incidência do ICMS, o que não ocorre no presente caso, pois a sociedade tem imunidade.

Desta forma, houve tipificação errônea, visto que as notas existiam, contendo apenas um dado inexato, podendo caso tivesse o objeto de fraudar o fisco, em tese serem consideradas inidôneas. Entretanto, a tipificação se deu por ausência de nota fiscal.

Assim, há que ser declarada a nulidade do Auto de Infração, visto que houve tipificação incorreta, ou mesmo declarado ineficaz porque não houve qualquer pretensão da sociedade, que é imune ao ICMS, em fraudar o fisco.

DO PEDIDO

Dianete de tudo que foi exposto e em virtude dos dispositivos legais concernentes à matéria, bem como em razão da mais lídima justiça e do bom senso, tendo em vista que o presente

Recurso Voluntário preenche todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, vem requerer o que segue:

- a) *Seja o presente Recurso Voluntário julgado procedente para INVALIDAR o Auto de Infração de nº 269439.0869/04-7, visto que o mesmo desobedeceu normas legais, efetuando uma tipificação diferente da descrição dos fatos.*
- b) *Seja o Auto de Infração declarado INEFICAZ, visto que, em tese, a tipificação seria por transporte com documenta fiscal inidôneo e este só será punido quando feito com o objetivo de fraudar o fisco, sendo que a Sociedade Empresarial jamais quis fraudar o fisco, pois é imune ao ICMS.*
- c) *Caso não se entenda pela nulidade ou ineficácia, requer que seja o Recurso Voluntário julgado procedente para ANULAR o Auto de Infração, reformando o Acórdão JJF nº 0060-01/05, visto que a unidade de medida utilizada para a estipulação do tributo, bem como, de suposta sanção é a de metros cúbicos e não toneladas, sendo que os valores em metros cúbicos estão expressos de forma correta nas notas fiscais.*
- d) *Caso não invalide/anule o referido Auto de Infração, o que não se espera, requer seja o tributo e a multa estipulados com a utilização, para a apuração, de metros cúbicos ao invés de toneladas, visto que conforme se percebe das pautas fiscais extraídas da internet, que seguem inclusas, a apuração sempre se deu por m³ e não por toneladas.”*

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, assevera que:

“Da análise dos autos, verifico que o Auto de Infração não contém vícios para ensejar a sua nulidade. O motivo que ensejou a autuação foi a divergência de peso constante nas notas fiscais com os efetivamente observados na balança. Com isso, o autuado exigiu o ICMS referente à diferença de peso que estava, portanto, sem documento fiscal para acobertar o transporte da mercadoria.

O Auto de Infração indica a infração cometida, que foi perfeitamente compreendida pelo Autuado, e indica a fundamentação legal da multa e regulamentar da obrigação tributária.

Quanto ao mérito, a alegação de que a alteração recente que modificou a medida do peso da mercadoria não merece ser acatada, pois o que se exige é a diferença entre o peso constante nas notas fiscais e o efetivamente pesado.

Nas notas fiscais constam os pesos de kilos, fls 6 e 7, indicando respectivamente 18.000 e 12.000 kg. A balança do posto fiscal indicou o total de 55.140 kg. Exigiu o imposto relativo aos 7.140 kg.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO

Quanto à preliminar de nulidade argüida entendo que o autuado está equivocado, pois não foi evidenciado nenhum vício formal no enquadramento da infração ou na tipificação da multa, o qual se refere especificamente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, no caso em tela de parte das mercadorias.

Quanto ao mérito o autuado, por ocasião de sua peça defensiva, alegou que foi colocada a medida correta em metros cúbicos, sendo que o erro no peso constante das notas fiscais decorreu de erro de cálculo, mas que isso não importa porque possui a qualidade de imune do tributo, mesmo motivo pelo qual entende que não há o que se cogitar de pauta fiscal.

No tocante à alegação de que o volume transportado estava corretamente indicado nos documentos fiscais, havendo erro somente em relação à indicação do peso, entendo que a mesma não pode prosperar, tendo em vista que a indicação correta do peso é exigida pelo art. 219, VI, “o” e “p” do RICMS/97 e, além disso, o autuado não fez nenhuma prova para comprovar seus argumentos, sendo que, a teor do art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da

infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Reforçando este entendimento, constato que a relação entre o peso e o volume não é a mesma em ambas as Notas Fiscais nºs 134 e 137.

Quanto à imunidade, é importante que se esclareça que a mesma refere-se à mercadoria que se destina à exportação, entendendo que só pode ser reconhecida às mercadorias que estavam acobertadas por documentação fiscal, o que não é o caso das mercadorias que excederam às relacionadas nas respectivas notas fiscais.

A infração está caracterizada, pois ficou demonstrado que o excedente de mercadoria estava circulando sem documentação fiscal, ressaltando, ainda, que está correto o estabelecimento da base de cálculo de acordo com a pauta fiscal, conforme disposto no art. 938, V, "b", 2 do RICMS/97.

Assim, em face do expedito, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR

Com a devida *venia*, divirjo parcialmente do ilustre relator, porque entendo que deve ser acatada a ponderação do recorrente com relação à adequação da apuração do valor devido com base em metros cúbicos, tendo em vista ser essa a base de cálculo tradicional do produto.

Assim, considerando que a relação entre o valor consignado na nota fiscal era de R\$1.050,00 por m³ e na Pauta Fiscal o valor previsto era de R\$450,00 por tonelada, encontra-se o fator de 2,33 (1.050/450) e como a diferença da pesagem foi de 7.140 kg, o correspondente em m³ (7.140/2,33) é de 3.064,38 m³.

Aplicando o valor da pauta, R\$450,00, a base de cálculo do ICMS é de R\$1.378,96, e o ICMS devido é de R\$234,42.

Portanto, o meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e, consequentemente, o Auto de Infração em tela é PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269439.0869/04-7, lavrado contra **F. B. MARTINEZ & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$234,42**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros José Carlos Barros Rodeiro, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros José Hilton de Souza Cruz e Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ – RELATOR/VOTO VENCIDO

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – VOTO VENCEDOR

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