

PROCESSO - A. I. Nº 297745.0332/06-0
RECORRENTE - CENTRAL DISTRIBUIDORA DE CIMENTO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0077-05/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 23/10/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0373-12/07

EMENTA: ICMS. MERCADORIAS EM TRÂNSITO. ACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS PARA A OPERAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO Na saída de mercadoria do estabelecimento de contribuinte deve ser emitida a Nota Fiscal correspondente para documentar a operação. A apreensão é o procedimento legal previsto para constituição da prova material do fato. Comprovada a inidoneidade dos documentos emitidos. Mantida a multa aplicada, em razão de ser decorrente do descumprimento da obrigação principal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração contra si lavrado, interpõe através de advogado visando modificar o resultado de Primeira Instância.

O lançamento de ofício refere-se à exigência de R\$1.581,00 de ICMS, acrescido da multa de 100%, por *“Emissão de documentos fiscais em que ocorra omissão de indicações e/ou informações necessárias à perfeita identificação da operação”*. Na descrição dos fatos consta. *“Mercadoria transitando com documentação inidônea”*.

Em seu voto, o Sr. relator da JJF diz que o Auto de Infração foi lavrado de acordo com as regras do RPAF/BA, com as formalidades legais e que não houve pedido de nulidade, estando presente o devido processo legal com o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Sobre o mérito refere-se ao autuado mencionando que por ele foi dito que era o responsável pelo pagamento do ICMS e que no caso em tela o imposto foi pago por ITAGUAÇU AGROINDUSTRIAL S/A., mas não apresentou prova desse pagamento. Disse também que ele não rebateu a acusação de que as mercadorias transitavam com documentação fiscal inidônea. Observou, ainda, que a empresa ITAGUAÇU AGROINDUSTRIAL S/A mencionada não faz parte deste processo como emitente dos documentos nem destinatário nem transportador, pelo que não se poderia acolher este tópico da defesa. Observa que: *“considerando que a ação fiscal do trânsito constatou operação com documentos fiscais inidôneos emitidos pelo autuado, não se pode vincular esta operação com a aquisição em que teria ocorrido a antecipação do imposto num terceiro estabelecimento”*. Menciona a Lei nº 7.014/96, no artigo 42, inciso IV, alínea ‘a’, que prevê multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto quando a operação estiver sendo realizada sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea. Acrescenta que o RICMS/97, art. 218, atribui ao estabelecimento vendedor de mercadorias o encargo de emitir Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A (Anexos 15 e 16), nas vendas a consumidor, a prazo ou a vista, quando as mercadorias não forem retiradas pelo comprador. As notas fiscais que acompanhavam a mercadoria não observou as exigências legais. Observou que, o que se verifica nas fls. 08 a 10 são três notas fiscais de venda a consumidor, porém os supostos destinatários não estavam acompanhando as mercadorias. Destaca que, as notas fiscais deveriam ser de modelo diferente, onde pudesse constar as exigências do RICMS/97 para aquela hipótese. Observou também, que as três notas

fiscais (fls. 08 a 10) não contêm valor unitário nem valor total, e a Nota Fiscal nº 1512 (fl. 09), além de não ter valor unitário nem total, também não discrimina a mercadoria transportada. Saliente-se que foram 600 (seiscentos) sacos de cimento, 30.000 (trinta mil) kg com notas fiscais de venda a consumidor emitidas irregularmente, transportados numa carreta. Entendeu que as notas fiscais de venda a consumidor que acompanhavam os seiscentos sacos de cimento são inidôneas para a operação nos termos do artigo 209 combinado com os artigos 218 e 219 do RICMS/97.

Quanto à alegação de que a multa constante da autuação configura confisco, diz que o CONSEF não tem competência para apreciar esse aspecto e que a multa proposta no Auto de Infração decorre do descumprimento da obrigação principal. Vota pela Procedência do lançamento.

Em seu arrazoadado às fls. 61 a 76 o contribuinte, após breve comentário sobre o texto da autuação, praticamente repete o que foi posto quando da impugnação. Alega, mais uma vez que, o produto cimento atende os requisitos da norma NBR 11578, onde o emitente é o responsável pelo pagamento do ICMS e que no caso em tela o imposto foi pago por ITAGUAÇU AGROINDUSTRIAL S/A, não podendo se operar o *bis in idem*, pelo que rechaça a autuação. Diz que não tem como comprovar tal pagamento, pois cabe ao Estado fazê-lo. Diz que o agente autuante consultou o sistema da SEFAZ e verificou que o ICMS do contribuinte em tela aparece sempre como substituído.

Volta a aduzir que a multa de 100% proposta não existe sem o principal e que o fisco deve observar as limitações ao poder de tributar, e se a multa aplicada fosse devida, estaria viciada por inconstitucionalidade. Menciona que *“a multa fiscal origina-se de um ilícito tributário, ocasionado por uma inobservância no dever de recolher algum tributo ou não cumprir alguma obrigação acessória”*, mas não pode ter o caráter de confisco. Para sustentar seus argumentos, cita novamente Rildo Medeiros Guedes, José Orlando Rocha de Carvalho, Amador Fernandes, Sacha Calmon Navarro Coelho, a CF e trechos de artigos publicados na Revista Dialética de Direito Tributário nº 20.

Ainda quando se refere à multa proposta, cita os art. 5º, LIV e 150, V da CF/88 que se refere ao devido processo legal e à proibição de que aos Estados é proibido utilizar tributo, com efeito, de confisco, ressaltando que os Ministros ALIOMAR BALEEIRO e BILAC PINTO detestaram penas dessa natureza no RE 80.093-SP.

Registra o autuado que *“é importante observarmos que as multas são aplicáveis pela administração tributária em razão de que são instituídas por lei”*. Diz, também, que a interpretação do Direito Tributário deve ser permeada de equidade. Cita doutrinas de Aliomar Baleeiro, Pedro Nunes, Hugo de Brito Machado Vicente Ráo e Rui Barbosa Nogueira, como também a jurisprudência do TJ/MG para justificar que a multa no percentual de 100% do valor do imposto é confiscatória.

Conclui sua defesa pedindo a improcedência do Auto de Infração porque o imposto cobrado foi pago por ITAGUAÇU AGROINDUSTRIAL S/A, CNPJ 27.184.915/0001-14, não podendo ser cobrado do impugnante para não se operar o *bis in idem*. Requer o prazo de cinco dias para juntar procuração nos autos. Observo que já existe tal procuração às fls. 17 do PAF.

A PGE/PROFIS através de sua representante emite Parecer opinativo onde após sucinto relatório diz que o PAF estar revestido das formalidades legais sem vícios formais ou materiais aptos à comprometer a autuação. Acrescenta que o conjunto probatório acostado comprova à saciedade a infração formal imputado no presente lançamento de ofício *“não tendo o recorrente se desincumbido de fazer prova contrária às conclusões oriundas da autuação fiscal”*. Destaca que *“em linha diametralmente oposta àquela que poderia ensejar a revisão do julgado, o autuado não negou, momento algum, a ocorrência do fato gerador do imposto em comento, nem tampouco provou o alegado pagamento pela empresa Itaguaçu Agroindustrial S/A que como bem asseverado no julgado, não consta de qualquer dos inidôneos documentos fiscais que acompanhavam a mercadoria apreendida por ocasião da autuação”*. Cita o art. 143 do RPAF e

que “*resta patente assim o caráter eminentemente procrastinatório do Recurso Voluntário em tela*” e opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se, como vimos, de um lançamento de ofício lavrado no trânsito de mercadorias para exigir ICMS em razão de transporte de mercadorias acompanhadas de documentação fiscal considerada inidônea por ter sido emitida sem a perfeita indicação da mercadoria transportada, sem valor unitário e total.

As questões postas no presente PAF dizem respeito não só à inidoneidade dos documentos fiscais e seu alcance, bem como ao tratamento que deve ser dispensado a mercadorias sujeitas à substituição tributária, cuja prova do pagamento não é realizada pelo detentor da mesma no momento da fiscalização.

Quanto ao primeiro tema, creio que a inidoneidade na hipótese em apreço deve ficar restrita aos requisitos formais que deixaram de ser observados, cabendo a aplicação de uma multa formal. Acontece que, nesta hipótese ela foi, por assim dizer, denunciadora de que as mercadorias que a se referia necessitava de uma comprovação de que, embora a nota estivesse regular, o imposto teria sido pago por outra forma, no caso, por substituição tributária.

Ocorre que o contribuinte instado a fazer esta comprovação limitou-se a citar o fato sem, porém trazer aos autos comprovação de que aquela mercadoria, embora acompanhada de nota fiscal formalmente inidônea, já teria sido paga através do seu fornecedor original. Não o fazendo, acreditamos ser lícito supor, que a mercadoria transportada, embora incluída no rol daquelas que têm o imposto estadual pago pelo regime da substituição tributária, na hipótese em testilha este fato não foi comprovado.

A defesa não apresenta nenhum argumento capaz de modificar a Decisão. Praticamente, repete o que já fora colocado quando da impugnação, merecendo o mesmo tratamento que lhe foi dedicado pela Decisão de Primeira Instância. Se há prova de pagamento do imposto deveria trazer aos autos a sua comprovação.

Concluo acompanhando a Decisão da JJF bem como o opinativo da PGE/PROFIS no sentido de que a Decisão está correta e o Recurso Voluntário NÃO DEVE SER PROVIDO.

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 **297745.0332/06-0**, lavrado contra **CENTRAL DISTRIBUIDORA DE CIMENTO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.581,00**, 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, 01 de outubro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS