

**A. I. Nº** - 936120-0  
**AUTUADO** - FÁBRICA DE BISCOITOS TUPY S/A.  
**AUTUANTE** - MIGUEL ÂNGELO MASCARENHAS BRANDÃO  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 30/11/2007

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0389-03/07**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS EM CIRCULAÇÃO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Exigibilidade do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, por estar com mercadoria desacompanhada de documento fiscal. A regularidade da mercadoria encontrada deveria ser comprovada mediante apresentação da nota fiscal no momento da ação fiscal. A apreensão constitui prova material da inexistência do documento fiscal. Indeferido o pedido de diligência. Rejeitados os pedidos de declaração de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 11/07/2007, na fiscalização ao trânsito de mercadorias, e exige ICMS no valor de R\$1.491,75, acrescido da multa de 100%, tendo em vista que foi constatado o transporte de mercadoria (biscoitos) sem documentação fiscal. Consta, na descrição dos fatos do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 140879, à fl. 03, que foram apreendidas 300 caixas de biscoitos cream cracker marca Tupy, cada caixa contendo 20 pacotes de 400 g, com validade de 21/01/2008, sendo transportados pelo Sr. José Souza de Jesus, no veículo de placa policial nº JNZ 7139, na Estrada do Côco, município de Lauro de Freitas, neste Estado, desacompanhadas de documentação fiscal e acompanhadas com o Recibo de nº 57.511 (fls. 04 e 05), destinadas à empresa Litoral Norte Com. de Produtos Alimentícios LTDA. Demonstrativo “Memória de Cálculo” à fl. 07.

À fl. 06, consta cópia da carteira de motorista do Sr. José Souza de Jesus, e do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo nº 6682592489, relativo ao furgão de placa policial nº JNZ 7139, de propriedade de Fábrica de Biscoitos Tupy SA.

O autuado, por intermédio de advogados com procuração à fl. 19, apresentou impugnação ao lançamento de ofício às fls. 12 a 18, narrando que, em 10/07/2007, em uma das viagens para a entrega de mercadorias vendidas, o caminhão do transportador foi inspecionado ao passar em um posto fiscal tendo, o preposto da SEFAZ, dito que parte da mercadoria transportada estava desacompanhada de documento fiscal, pelo que a mesma foi apreendida, tendo sido liberada no mesmo dia, atribuindo-se sua guarda “ao emitente da nota fiscal objeto da autuação”. Que em 11/07/2007 foi lavrado o presente Auto de Infração contra o impugnante, e não contra o motorista transportador e detentor da mercadoria, “responsável legal por esta infração”, o que entende denotar ilegitimidade passiva. Prossegue alegando que a imputação contida no presente lançamento de ofício não deve prosperar, tendo em vista que “o tributo ora em debate já foi pago, conforme a própria nota fiscal dos produtos autuados demonstra, não havendo de se falar em lesão ao erário.”

O contribuinte cita que no lançamento de ofício foi capitulada a infração “mercadoria em trânsito desacompanhada da documentação fiscal”, e indicados como dispositivos infringidos os artigos 201, I e 220, I, c/c artigo 39, V, do RICMS/BA, tendo como fundamento legal da multa o artigo 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96. Repete que, “a despeito da infração ter sido cometida pelo motorista transportador da mercadoria”, o Auto de Infração foi lavrado contra o remetente da mesma. Diz

que “a fiscalização de trânsito constatou a existência da Nota Fiscal de nº 72.348, no valor de R\$9.000,00 (macarrão – doc. 3), bem ainda, que a Nota Fiscal de nº 72.349, no valor de R\$7.431,75 (biscoitos – doc. 4)”, que diz ser referente à operação geradora da autuação, efetivamente existe, o que demonstra o recolhimento do imposto devido relativamente a todas as mercadorias transportadas no caminhão. Que tais mercadorias estavam destinadas à empresa “Litoral Norte Com. Rod. Alim. Ltda.”, e que as mercadorias e suas notas fiscais foram recebidas e registradas na escrita fiscal do adquirente (docs. 8 e 9), “fato este que deverá ser levado em consideração para a redução do *quantum* exigido no Auto de infração, caso não se reconheça a nulidade por ilegitimidade passiva.”

O impugnante transcreve o teor do artigo 39 do RICMS, e volta a repetir que “a infração que deu origem à lavratura do AI deve ser imputada ao motorista transportador, e somente depois ao contribuinte de direito, quando for este o caso.” Alega que, tendo o motorista transportador sido identificado no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, e firmado o recibo de detentor das mercadorias apreendidas, a autoridade fiscal optou por lavrar o Auto de Infração contra o impugnante, quando deveria lavrá-lo contra “o transportador na pessoa do motorista”. Transcreve Ementa da Resolução JF nº 0958/99.

O defendente aduz que a exigência de tributo não pode ser levada a cabo, aduzindo ser o lançamento de ofício nulo por falta de elementos capazes de definir a obrigação principal, e porque a operação de venda foi tributada, “conforme se observa da nota fiscal em anexo e do comprovante de registro da mesma no livro de saídas” do autuado. Cita o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, alegando que o lançamento de ofício não traz elemento que determine a forma de apuração da base de cálculo e o montante do imposto devido, não tendo sido preenchido “o campo referente aos valores a recolher (item 22 do Auto de Infração), o que impede a Impugnante de conhecer o montante que pretende o Fisco lhe cobrar.”, pelo que entende que o Auto de Infração deve ser julgado nulo.

O sujeito passivo afirma que a Nota Fiscal nº 72.349 comprova que a transação comercial autuada estaria documentada, “protegida pela emissão do documentário fiscal pertinente (Nota Fiscal), em que se destacou, inclusive, o ICMS devido em razão da substituição tributária.” Aduz que traz as duas notas fiscais anteriores e posteriores à citada Nota Fiscal nº 72.349, de nºs 72347, 72348, 72350 e 72351, bem como declaração da empresa destinatária acusando o recebimento da mercadoria, e a cópia do seu livro Registro de Saídas, “que registra a saída dos bens e comprova que não houve qualquer intenção de fraude ao erário”. Expressa o entendimento de que estaria comprovada a verdade de suas afirmações, e a ausência de má fé ou dolo, concluindo que a mercadorai teria sido tributada, pelo que seria “improcedente a cobrança dúplice do imposto em comento.”

O contribuinte prossegue aduzindo que, impugnada a obrigação principal, entendendo ser clara a sua improcedência, deduz ser também improcedente “a multa aplicada decorrente da autuação de transporte de mercadoria sem nota fiscal. Descumprimento este que, frise-se, constatou-se ter sido um acontecimento sem qualquer dolo ou intenção de fraude, tendo ocorrido o evento por mero lapso do motorista transportador, porém, não implicou em qualquer prejuízo ao erário, haja vista que o imposto encontra-se regularmente declarado em nota fiscal previamente emitida para documentar a operação de saída de mercadoria, e está registrada no livro registro de saídas.” Afirma que a inexistência de prejuízo ao Fisco deve ser levado em consideração para relevar a multa aplicada, na forma do artigo 918 do RICMS/BA. Conclui pedindo, sucessivamente, a declaração de nulidade e de improcedência do Auto de Infração, protestando por todos os meios de prova em Direito admitidas. Anexa, às fls. 23 a 27, cópias de notas fiscais por si emitidas em 09/07/2007; à fl. 28 cópia de página de seu livro Registro de Saídas, emitida em 31/07/2007; à fl. 29, Declaração da empresa destinatária das mercadorias, datada de 29/08/2007; à fl. 30, cópia de página do livro Registro de Entradas da empresa destinatária, com registros atinentes a 10/07/2007.

O autuante presta informação fiscal à fl. 33, asseverando que o Auto de Infração foi lavrado de acordo com o RICMS/BA, em função de o autuado estar transitando com mercadoria tributada sem documentação fiscal. Aduz que, no que tange à impugnação, o autuado alega que o transportador é o seu motorista, Sr. José Souza de Jesus, que estava de posse e na direção do veículo de placa policial nº JNZ 7139 (fl. 03) de propriedade de Biscoitos Tupy SA (fl. 06). Que o transportador é o proprietário do veículo, e o motorista é o condutor do mesmo. Que, quanto à Nota Fiscal nº 72.349, esta foi apresentada após a ação fiscal. Que o autuado não anexou documento que fizesse prova contra o procedimento adotado, e que em nenhum momento o fato considerado infração foi elidido, estando devidamente comprovado no processo fiscal. Conclui reafirmando a autuação.

## VOTO

Inicialmente, não acato as preliminares de nulidade argüidas pelo sujeito passivo, tendo em vista que encontram-se presentes, no processo, os pressupostos de validade, estando definidos e fundamentados com clareza o autuado, o fato gerador e o montante do débito exigido, não estando incurso nas hipóteses do artigo 18 do RPAF.

Quanto à ilegitimidade passiva, a mercadoria objeto da autuação, que consiste em 300 caixas de biscoito cream cracker marca Tupy, foi apreendida a bordo de veículo automotor de propriedade do sujeito passivo que é, assim, o seu transportador, de acordo com o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo nº 6682592489, relativo ao furgão de placa policial nº JNZ 7139, de propriedade de Fábrica de Biscoitos Tupy SA (fl. 06), conforme consta no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 140879, à fl. 03.

O motorista, Sr. José Souza de Jesus, apenas conduzia o veículo no momento da ação fiscal, não lhe detendo a propriedade sendo, neste caso, preposto da empresa. O contribuinte assegura textualmente, em sua impugnação às fls. 12 a 18, que o Auto de Infração deveria ter sido lavrado contra o transportador da mercadoria, e foi o que de fato ocorreu na situação em foco, posto que o transportador e o autuado são a mesma pessoa jurídica. Assim, consoante o artigo 40, §1º, da Lei nº 7.014/96, que determina que respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que tenham concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou dela se beneficiarem, no caso em foco, o autuado sendo o transportador, a legitimidade passiva é inequívoca, e está provada.

Quanto à alegação defensiva de que faltam elementos capazes de definir a obrigação principal, observo que, no que diz respeito ao montante do débito tributário que está sendo exigido do contribuinte, no Auto de Infração, de fato, não está preenchido o campo 22, que trata dos valores a recolher, mas os campos 15 – Base de Cálculo; 16 – Alíquota; 17 – Imposto; 19 – Total do Imposto; e 20 – Multa, estão preenchidos de forma clara e inequívoca, estando ali aposto, por duas vezes (campos 17 e 19) que o valor de ICMS apurado é de R\$1.491,75, acrescido da multa no percentual de 100%, tendo sido descrita a infração no campo 12, indicados os dispositivos infringidos no campo 13, e os dispositivos da multa aplicada no campo 14 – dispositivos esses, inclusive, citados pelo defendente em sua manifestação, à fl. 13. Ademais, o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 140879, à fl. 03, que é parte integrante do Auto de Infração, expõe detalhadamente os fatos que levaram à autuação, estando, portanto, determinada com segurança a infração.

Assinalo, ainda, que o contribuinte entendeu a imputação, como comprova o teor da impugnação que apresenta no exercício de seu direito de ampla defesa.

Embora o contribuinte proteste, de forma genérica, pela produção de provas por meio de diligência, não especifica qual seria, nem por que motivação. Indefiro o pedido de diligência, nos termos do artigo 147, I, “a”, do RPAF/99, por constarem do processos elementos suficientes à formação de minha convicção.

No mérito, o Auto de Infração em foco trata de transporte de mercadoria (biscoitos) sem documentação fiscal. O autuado admite de forma literal, conforme consta no texto de sua

impugnação às fls. 12 a 18, e no Relatório deste Acórdão, que houve o transporte da mercadoria sem documentação fiscal, no momento da ação do Fisco, mas alega, além das preliminares já vencidas, que tal fato aconteceu por mero equívoco do motorista, sem dolo ou má fé, e sem prejuízo ao erário. Contudo, nos termos do artigo 40, §2º, da Lei nº 7.014/96, a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente, ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Não acato esta alegação defensiva.

O contribuinte também não prova que tal infração, constatada pelo Fisco, não implicaria, caso não sustada, em prejuízo ao erário. Alegação não fundamentada, por isto não admitida.

Quanto às cópias de notas fiscais anexadas ao processo, apresentadas em momento posterior à autuação, o §6º do citado artigo 42 da Lei nº 7.014/96 prevê que o trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal. Por outro lado, a mercadoria objeto da autuação foi apreendida, e colocada sob guarda do autuado, como se vê no Termo de Depósito que se segue ao Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 140879, à mesma fl. 03. No entanto, o contribuinte alega que esta mercadoria, já apreendida, foi objeto da Nota Fiscal nº 72.349, e que foi entregue ao autuado no mesmo dia da autuação, conforme Declaração do Destinatário, à fl. 29, e cópia do livro Registro de Entradas do destinatário, à fl. 09. Contudo, tal registro de documento fiscal também não prova que aquela Nota Fiscal nº 72.349 teria sido emitida antes da saída das mercadorias apreendidas, que transitavam irregularmente.

De acordo com os artigos 201, I, e 220, inciso I, ambos do RICMS/97, a nota fiscal correspondente à operação deveria ter sido emitida antes de iniciada a saída das mercadorias, e o imposto foi exigido do autuado por estar em posse de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

art. 201. Os documentos fiscais especificados no art. 192 serão emitidos pelos contribuintes do ICMS (Conv. SINIEF, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 01/85, 01/86 e 01/89):

*I - sempre que realizarem operações ou prestações de serviços sujeitas à legislação do ICMS;*

art. 220. A Nota Fiscal será emitida nos seguintes momentos:

*I - antes de iniciada a saída das mercadorias;*

Tratando-se de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, não está provado que o ICMS devido por antecipação, por estar a mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária, foi recolhido. Também não está provado que a farinha de trigo que foi utilizada em sua fabricação teve seu imposto devidamente calculado e pago pelo contribuinte.

À fl. 07 está acostado o Demonstrativo “Memória de Cálculo”, no qual o autuante demonstra a forma como foi calculado o débito tributário, valor que não foi contestado pelo contribuinte.

Face ao exposto, 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 **936120-0**, lavrado contra **FÁBRICA DE BISCOITOS TUPY S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.491,75**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR