

PROCESSO - A. I. Nº 0936120010/07
RECORRENTE - FÁBRICA DE BISCOITOS TUPY S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO - Acórdão 3ª JJF nº 0389-03/07
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 06/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0350-11/08

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto no enfrentamento do Auto de Infração lavrado, pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 11/07/2007, o qual exige ICMS no valor de R\$1.491,75, acrescido da multa de 100%, por se ter 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, contendo cada caixa 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.

Apensa à fl. 06 dos autos, cópia da habilitação do motorista Sr. José Souza de Jesus, e do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo nº 6682592489, o qual corresponde ao furgão de placa policial nº JNZ 7139, de propriedade de Fábrica de Biscoitos Tupy SA.

A 3ª JJF cita verificar presentes nos autos os pressupostos de validade do lançamento, figurando nos mesmos com clareza o autuado, fato gerador e o montante do débito, pelo que não acata a preliminar de nulidade dado não estarem presentes as hipóteses previstas no art. 18 RPAF/99.

Removem também a alegação da ilegitimidade passiva, pois que a mercadoria em questão foi apreendida a bordo do veículo transportador de propriedade do próprio sujeito passivo, consoante prova anexo ao PAF o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo nº 6682592489, correspondente 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 preposto da empresa autuada, o motorista, Sr. José Souza de Jesus, apenas conduzia o veículo no momento da ação fiscal, não detendo a propriedade do veículo transportador. Como o transportador e o autuado são a mesma pessoa jurídica, não há como acatar a impugnação às fls.

12 a 18, que textualmente afirma que o lançamento de ofício deveria ter sido lavrado contra o condutor do veículo.

Realçam o art. 40, § 1º da Lei nº 7014/96 que determina responderem pela infração, conjunta ou isoladamente, os que tenham concorrido para a sua prática, de qualquer forma, ou dela se beneficiarem; resta visto que no caso em foco, o autuado e o transportador deterem a mesma personalidade jurídica, assim ficou provada a legitimidade passiva.

Passando ao comento da alegação defensiva oferecida, de que faltam elementos capazes de definir a obrigação principal, observam os i. julgadores que de fato não está preenchido o campo 22, que trata dos valores a recolher. Entretanto, complementam, 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 apontado, 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%. Foi descrita a infração no campo 12, indicados os dispositivos infringidos no campo 13, e os dispositivos da multa aplicada no campo 14 – destacando que todos foram citados pelo defendente em sua manifestação, à fl. 13. Por seu turno, complementam, 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 a autuação, e o contribuinte a entendeu, como comprova o teor da impugnação que apresenta no exercício de seu direito de ampla defesa.

Observam que o contribuinte genericamente protesta pela produção de provas por meio de diligência, sem especificar quais seriam, ou mesmo qual a motivação para tanto. Indeferem o pedido de diligência, consoante aos termos do artigo 147, I, “a”, do RPAF/99, por presentes nos autos elementos suficientes à formação de convicção para julgamento.

Adentrando ao mérito, apontam que o Auto de Infração em foco trata de transporte de mercadoria (biscoitos) sem documentação fiscal, tendo o autuado de forma literal, conforme consta no texto de sua impugnação às fls. 12 a 18, e no Relatório deste Acórdão, confirmado ter havido o transporte da mercadoria sem documentação fiscal, mas alega também, além das preliminares já vencidas, que tal fato aconteceu por mero equívoco do motorista, sem dolo ou má fé, e sem prejuízo ao erário. Destacam os srs. Julgadores, nos termos do artigo 40, §2º, da Lei nº 7.014/96, que 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, pelo que não acatam esta alegação defensiva.

Também não restou provado que a infração, no caso de não ser constatada pelo Fisco, não implicaria em prejuízo ao erário. Portanto, por falta de fundamentos, a alegação não foi admitida pela i. JJF.

Aludem com relação às cópias de notas fiscais anexadas ao processo, as quais foram apresentadas em momento posterior à autuação, que 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. A mercadoria foi apreendida, e colocada sob guarda do autuado, conforme o Termo de Depósito que se segue ao Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 140879, à mesma fl. 03. Ainda assim, o contribuinte alegou que estas mercadorias, (já apreendidas), foram objeto da Nota Fiscal nº 72.349, a qual 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. Enfatizam que tais documentos e registro fiscal não têm o condão de provar que a Nota Fiscal nº 72.349 teria sido emitida antes da saída irregular das mercadorias apreendidas.

Transcrevem os artigos 201, I e 220, inciso I, do RICMS/97, para ênfase de que a nota fiscal correspondente deveria ter sido emitida antes de iniciada a saída das mercadorias, e que o imposto foi exigido do autuado em virtude de possuir 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;

Comentam que a inexistência de documentação fiscal, não prova que foi recolhido o ICMS devido por antecipação, por estar a mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária. Da mesma forma não ficou provado que a farinha de trigo consumida em sua fabricação, teve seu imposto devidamente calculado e pago pelo contribuinte.

Indicam os srs. Julgadores que à fl. 07 encontra-se o Demonstrativo “Memória de Cálculo”, no qual o autuante descreve a forma de cálculo do débito tributário, valor este não contestado pelo contribuinte.

Julgam pela Procedência do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário manejado por prepostos advogados, argüiu nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva, por falta de elementos capazes a definir a obrigação principal, por improcedência parcial do lançamento de débito de vez que a obrigação principal foi efetivamente quitada e pela relevância da multa consoante forma indicada no art. 918 do RICMS/BA.

Ao início destaca que a Decisão não apreciou o fato de ter sido pago o imposto exigido no Auto de Infração, através da Nota Fiscal nº 72349, lançada tanto na escrita do autuado quanto nos livros do destinatário, conforme documentação apensa ao processo fiscal, e que se mantida a cobrança desse imposto, estar-se-á exigindo tributo em duplicidade sobre a mesma operação. Destaca, ainda a não manifestação no julgamento, se, na hipótese da duplicidade por pagamento da autuação, teria o contribuinte direito ao crédito fiscal, ou se estornaria o débito do imposto relativo à mencionada Nota Fiscal nº 72349.

Estranham que embora comprovado o recolhimento do imposto em questão, a Junta de Julgamento Fiscal manteve a autuação inalterada, não a reformando para fins de pagamento somente do valor referente à multa, bem como deixou de apreciar o pedido de relevar a multa aplicada de 100%, na forma do art. 918 do RICMS.

Apóiam-se na confirmação de não ter sido preenchido o campo “22” que trata dos valores a recolher, para destacar falta do elemento capaz de definição da liquidez e certeza da obrigação principal.

Dentro do tópico “Da efetiva quitação da obrigação principal” alude o recorrente a fácil conclusão de que, se mantida a autuação, o mesmo será condenado a pagar uma obrigação já adimplida, e que este adimplemento ocorreu concomitantemente à autuação, situação na qual a multa deve ser relevada frente a evidente ausência de dolo ou intenção de fraude.

Alude o recorrente ainda que a multa de 100% sobre o valor do imposto possui características de tributo sobre a mesma operação. Pede pela aplicação neste Recurso Voluntário do princípio da proporcionalidade, na determinação do fato gerador e do imposto relativo à infração e a sanção possível para evitar a duplicidade de tributação.

Requer o recorrente, sucessivamente que seja declarado nulo o Auto de Infração em comento, por falta de elemento obrigatório não indicado pelo agente fiscal; seja declarada totalmente improcedente a cobrança de imposto, conforme exposto anteriormente; seja relevada a multa de 100% na forma do art. 918 do RICMS, e seja indicado o procedimento fiscal para evitar o pagamento duplamente do imposto sobre uma mesma operação, uma vez mantida a autuação, pois tal quantia já foi recolhida com o lançamento da Nota Fiscal nº 72349, conforme provas nos autos.

O Parecer PGE/PROFIS elaborado pela ilustre procuradora Dra. Ana Carolina Moreira, adota como relatório o Acórdão JJF nº 0389-03/07, acrescentando que o Auto de Infração em comento foi julgado procedente.

E esta procedência ocorreu porque nos termos do art. 911, § 5º do RICMS/BA, o trânsito irregular de mercadorias não se corrige pela ulterior apresentação de documentos fiscais. E no tocante à nulidade argüida, i. procuradora não vê assistir razão ao recorrente, pois se tratou de mera falha, suprida no próprio Auto de Infração pela informação contida no campo 15, indicando a base de cálculo, alíquota aplicada, valor do imposto devido e da multa respectiva, em resumo, o valor a ser recolhido. Estes são os elementos legalmente exigíveis para o lançamento tributário, conforme art. 142 do CTN, e todos outros foram consubstanciados na autuação, não cabendo falar-se em nulidade pelo não preenchimento de campo complementar simplesmente informativo.

Descabe a pretensão do recorrente, em obter orientação do CONSEF, pois a função do Conselho é judicante e não consultiva, competindo ao mesmo, quando o contribuinte impugnar o lançamento tributário nele contido, decidir sobre a procedência ou não de Auto de Infração.

Deverá o recorrente consultar a legislação do ICMS em busca da medida a ser adotada para não recolher o imposto relativo à Nota Fiscal nº 72349.

Voltando-se ao pedido de dispensa da multa aplicada, a i. procuradora aponta que o art. 918 do RICMS remete ao regramento da matéria ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, o qual fixa as exigências para fins de conhecimento do pedido. Transcreve a este respeito, o art. 159 do RPAF, seus parágrafos e incisos.

É de Parecer que não deva ser conhecido o pedido, nesta oportunidade, por não estarem atendidas as exigências regulamentares no que tange à demonstração da ocorrência de uma das hipóteses elencadas nos § 1º e §2º do art. 150 do RPAF/99.

Seu opinativo é pelo conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado, e pelo não conhecimento do pedido de dispensa da multa aplicada.

VOTO

Na apreciação do Recurso Voluntário, conduzido pelo recorrente no afã de contestar a Decisão, observo a existência dos dispositivos indispensáveis à convalidação do lançamento de ofício, sejam, a identificação do autuado, do fato gerador e o montante da sujeição passiva, removendo desta forma a preliminar de nulidade pretendida, pois, que não restam presentes as hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

De igual forma não vejo prosperar a argüida ilegitimidade passiva, uma vez que o veículo que efetuava o transporte, conforme se depreende do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 140879, à fl. 03 e da cópia da Carteira Nacional de Habilitação do motorista, sr. José Souza de Jesus, o qual conduzia as mercadorias apreendidas, é de propriedade do contribuinte autuado, ou seja, da Fábrica de Biscoitos Tupy S/A, de conformidade ao Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo de transporte marca Mercedes Benz, placa policial JNZ 7139 (ambas cópias à fl. 6 dos autos).

Como o condutor, o Sr. José Souza de Jesus, apenas dirigia o veículo no momento da ação fiscal, não detendo a propriedade do mesmo, vê-se que o transportador e o autuado tratam-se da mesma pessoa jurídica. Desta forma, não acato a impugnação às fls. 12 a 18, na qual textualmente resta afirmado que o lançamento de ofício deveria ter sido lavrado contra o condutor do veículo.

A alusão da falta de elementos capazes a definir a obrigação principal, por não ter sido preenchido o campo 22 (valores a recolher) nota-se que essas informações estão claramente presentes nos campos 15 a 20 (base de cálculo, alíquota do ICMS, valor do imposto, total do imposto apurado de R\$1.491,75 e percentual de 100% da multa aplicada). Foi descrita a infração no campo 12, indicados os dispositivos legais infringidos no campo 13, e os da multa aplicada no

campo 14 – e estes elementos constaram da manifestação do recorrente, conforme se verifica à FL. 13 do PAF. Ainda no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 140879, à fl. 03, parte integrante do Auto de Infração, reprisam-se detalhadamente os fatos que levaram à autuação, e de conformidade à impugnação conduzida pelo recorrente, é notória a perfeita compreensão dos fatos, haja vista o exercício do seu direito à ampla defesa apresentada.

De igual sorte, também não acato a alusão manejada pelo recorrente, pois não verifico restar provado no momento da autuação, que se a mesma não tivesse sido constatada pelo Fisco, não implicaria em prejuízo ao erário.

Com referência às cópias de notas fiscais anexadas ao processo, apresentadas em momento posterior à autuação, cabe citar que o §6º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 prevê que o trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal, após ter sido a mercadoria apreendida e mantida sob a guarda do autuado, conforme o Termo de Depósito seqüente ao Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 140879, à mesma fl. 03. Desta maneira a alegação de que as mercadorias apreendidas por circulação irregular, foram objeto da Nota Fiscal nº 72.349, a qual 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, não vejo tais documentos e registro fiscal terem condão de provar que a Nota Fiscal nº 72.349, teria sido emitida antes da saída das mercadorias apreendidas.

Nos termos dos arts. 201, I e 220, inciso I, do RICMS/97, a nota fiscal correspondente deve ser emitida antes de iniciada a saída das mercadorias, e como agiram de forma diferente, o imposto foi exigido do autuado em virtude de portar 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:

II - antes de iniciada a saída das mercadorias;

À inexistência da documentação fiscal, não há como provar a alegação de que foi recolhido o ICMS devido por antecipação, por estou a mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária. Da mesma forma, não ficou provado que a farinha de trigo consumida em sua fabricação, teve seu imposto devidamente calculado e pago pelo contribuinte.

O demonstrativo “Memória de Cálculo”, à fl. 7 dos autos, no qual o autuante descreve a forma de cálculo do débito tributário, foi tacitamente aceito, dado que não contestado pelo contribuinte.

Quanto à reivindicação de relevação da multa aplicada, destaco que o art. 918 do RICMS remete ao regramento da matéria ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, fixando as exigências para fins de conhecimento do pedido. A esse respeito, o art. 159 do RPAF, dentre seus parágrafos e incisos está determinado:

“art. 159; Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF, a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo da equidade:

§ 2º; O pedido a que se refere este artigo deverá ser formulado no prazo de 30 dias após a intimação do Auto de Infração, da Notificação Fiscal ou da Decisão do Órgão Julgador, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos”.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **0936120010/07**, lavrado contra **FÁBRICA DE BISCOITOS TUPY S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.491,75**, 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, 16 de outubro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS