

PROCESSO - A. I. Nº 054829.0043/07-3
RECORRENTE - CASARÃO SÃO CAETANO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECOPRRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0193-04/08
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 04/12/2008

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0359-12/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. MERCADORIAS EM TRÂNSITO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Apreensão de mercadoria (sacos de cimento) desacompanhada de documentos fiscais. O autuado faz anexar ao processo cópia de cupom fiscal e logra êxito em provar que esse documento corresponde efetivamente às mercadorias apreendidas. Infração não caracterizada. Não apreciada a declaração de inconstitucionalidade argüida, com base no art. 167, I, do RPAF/99. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/07 para exigir ICMS no valor de R\$1.256,64, acrescido de multa de 100%, em decorrência da apreensão diversas mercadorias (sacos de cimento) transportadas e desacompanhadas de documentos fiscais, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos à fl. 5.

O autuado em sua defesa, discorre, inicialmente, sobre a infração, que no seu entendimento não reflete a realidade dos fatos, pois a mercadoria estava acompanhada de cupom fiscal do adquirente da mercadoria, cuja cópia é trazida à colação. Trata-se de operação de venda a consumidor, entregue a posteriori e em veículo da frota do autuado em razão do volume da mercadoria.

Acrescenta que emitiu cupom fiscal porque é contribuinte cadastrado para utilização de (ECF), e somente poderia emitir nota fiscal de venda nas hipóteses expressamente determinadas na legislação (art. 824, RICMS BA), encontrando-se a operação devidamente registrada na redução Z.

Diz ainda que a operação é apenas simples entrega de mercadoria, decorrente de venda direta ao consumidor, devidamente registrada e com ICMS recolhido, não carecendo a emissão de outro documento tão somente para comprovar a realização do frete, haja vista que o pedido 054800 que acompanhava faz às vezes de conhecimento.

Refuta a aplicação da multa de 100%, por seu caráter confiscatório e junta várias decisões dos Tribunais acerca do assunto e pede seja o auto considerado improcedente, ou que a multa reduzida para 30%.

Na informação fiscal o autuante esclarece que a Constituição assegura ao sujeito passivo o direito inalienável de defesa, o que não se justifica é a apresentação de defesas para mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Pergunta o fiscal:

1. Por que a mesma não foi apresentada no momento da abordagem pelo fisco?
2. Por que o sócio não mostrou o cupom fiscal no momento de nossa abordagem?

3. Por que o sócio não foi a IFMT METRO para dar as explicações devidas?

Entende como impossível, no trânsito, na abordagem de um caminhão, a apresentação da nota fiscal na fase posterior. Cita o art. 911, § 5º, RICMS BA que estabelece “*o trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal*”. Informa a existência de outros produtos discriminados no pedido e não se encontravam no caminhão no momento da abordagem. Pede que julgue procedente o Auto de Infração.

O julgador de Primeira Instância emite o seu voto, destacando que da análise das peças e documentos que compõem o processo, constata, de início, que no Termo de Apreensão (fl. 05), consta que no momento da ação as mercadorias apreendidas se faziam acompanhar apenas do Pedido nº 45800 (fl. 06) e que o mesmo não identificava o nome do adquirente das mercadorias.

Ressalta, por importante, que consta dos autos o documento Leitura X relativa ao ECF 003 (fl. 6-A) e o documento Leitura X relativa ao ECF 002 (fl. 6-B), ambos impressos a partir de equipamento emissor de cupom fiscal do autuado, no dia 14.12.07, após a emissão do cupom fiscal apresentado (fl. 33) como documento fiscal a dar suporte à operação objeto da lide; em nenhum dos documentos aparece adicionado o valor de R\$7.500,00, relativo ao cupom fiscal referido. Entende que se o cupom fiscal, de fl. 33, foi emitido às 14,06 horas e as leituras X foram feitas no ECF 03, às 17,32 horas e no ECF 02, às 16,18 horas, no equipamento correspondente deveria, necessariamente, estar contemplado tal valor; como o pagamento das mercadorias constantes do cupom fiscal em questão, segundo garante os argumentos defensivos, aconteceu através de cartão de crédito da bandeira HIPERCARD (fl. 36), esse evento deveria aparecer como meio de pagamento nas leituras X, do dia 14.12.07, apensada aos autos nas folhas 6-A e 6-B, o que efetivamente não ocorre; esse meio de pagamento registra nenhum movimento.

Destaca que o auditor fiscal tratou ainda de visar o talonário do autuado, impedindo-o de emitir a posteriori nota fiscal com a pretensão de acobertar a mercadoria encontrada sem documentação fiscal, o que o fez através da nota fiscal 22907, trazida aos autos, à fl. 07.

Por sua vez, acrescenta, insiste o autuado que a mercadoria, durante a ação fiscal estava acompanhada de cupom fiscal do adquirente da mercadoria, cuja cópia é trazida à colação; tratando a operação, de venda a consumidor, a entrega a posteriori e em veículo da frota do autuado ocorreu em razão do volume da mercadoria.

Prosseguindo em sua análise diz o julgador:

“É certo que, de acordo com a cláusula primeira do Convênio ECF 1/98, de 18.02.98, com redação do Convênio ECF 2/98, de 11.12.98, o estabelecimento que exerça a atividade de venda ou revenda de mercadoria ou prestação de serviços a adquirente ou tomador não contribuinte do ICMS, seja pessoa física ou jurídica, está obrigado ao uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), independentemente se a atividade que exerce é varejista, atacadista ou industrial. Portanto, se o adquirente for pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS deve ser emitido o Cupom Fiscal por ECF, podendo ser utilizado nas vendas a prazo e para acobertar o transporte dentro do estado, conforme disposto no Ajuste SINIEF 04/97, de 25.07.97.

No entanto, em conformidade com o disposto no art. 238, § 6º, RICMS BA, na circulação de mercadorias para entrega no domicílio do adquirente situado, neste Estado, os documentos emitidos por ECF deverão conter, ainda que em seu verso, a identificação com CNPJ ou CPF e o endereço do destinatário, data e hora da saída das mercadorias, além do meio de pagamento adotado na operação. O que deixou de ser observado pelo autuado.

Além disso, ao asseverar o autuado que ‘que a mercadoria estava acompanhada de cupom fiscal do adquirente da mercadoria, cuja cópia é trazida à colação’, em contrapartida a afirmação fiscal de que a mercadoria estava desacompanhada de documento fiscal, o cupom fiscal passa a ser prova documental e fundamental no deslinde da questão. Não poderia, em hipótese alguma, o impugnante trazer aos autos uma cópia pouco legível, onde não se

consegue compreender integralmente os dados constantes no documento e se verdadeiras as alegações suscitadas.

Sabe-se que o Direito Tributário se pauta pela materialidade, não importando a intenção do agente e sim o fato de ter acontecido ou não a situação ensejadora da obrigação tributária. Isto faz da prova documental o instrumento essencial na solução do controverso nessa seara. As provas deveriam vir aos autos de forma clara cabal e as controvérsias. No caso concreto, a cópia do cupom fiscal apresentado não serve como prova capaz, cabal e incontroversa, não é documento hábil para comprovar a regularidade das mercadorias apreendidas e constantes no termo de apreensão de fl. 05.

Diante do exposto não vejo como prosperar as alegações defensivas e não acato o cupom fiscal, formalmente porque não se apresenta completamente legível e, materialmente porque não entendo que se refira às mercadorias apreendidas, considerando o conjunto das provas examinado, não podendo ser aceito como das mercadorias que foram identificadas pela fiscalização.

Por fim, com relação ao pedido de redução da multa para 30%, caso seja o Auto de Infração considerado procedente, ocorre que a Lei nº 7.014/96 prevê que o órgão julgador pode reduzir ou cancelar se ficar comprovado que a infração praticada “não implique na falta de recolhimento do imposto” o que não se aplica na situação deste PAF. Ademais a multa aplicada à infração descrita no Auto de Infração tem previsão na Lei nº 7.014/96 (art. 42, IV “a”), e órgão julgador não têm competência para apreciar pedido de dispensa ou redução de multa decorrente de obrigação principal. Essa competência é exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.”

Em sede de Recurso Voluntário, o recorrente reproduz basicamente os mesmos argumentos suscitados na defesa, sustentando principalmente a ofensa ao princípio constitucional da vedação da utilização do tributo, com efeito confiscatório, da inconstitucionalidade da multa aplicada por força do princípio da razoabilidade. No mérito, reitera que o condutor do veículo apresentara cupom fiscal, documento regular e idôneo para referendar o transporte da mercadoria.

Alega ainda que, em que pese ser perfeitamente possível aferir o conteúdo do cupom fiscal anexado aos autos, providenciou junto à SEFAZ cópia do mesmo, que anexa ao Recurso, o qual acompanhava as mercadorias transportadas, comprovando a sua destinação a consumidor final.

Solicita revisão por fiscal estanho ao feito e requer a improcedência da autuação, ou que as multas moratórias sejam reduzidas para 20%.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, devidamente acolhido pelo procurador assistente, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, com a fundamentação que se segue.

Inicialmente, observa que as arguições de matérias constitucionais não deverão ser objeto de apreciação por este Conselho de Fazenda, em razão do teor do art. 167, I do RPAF, e que a imputação fiscal está absolutamente tipificada e alicerçada na legislação tributária, e o lançamento atende os requisitos descritos no art. 39 do citado Regulamento.

No mérito, destaca a ilustre procuradora que o Termo de Apreensão de Mercadorias, à luz do disposto no art. 945 do RICMS, constitui prova material do suposto fato impositivo; no caso presente, o Termo foi lavrado no dia 14.12.07, às 18:00 h, e no corpo do documento consta que as mercadorias estavam acompanhadas do pedido nº 045800, que descreve as quantidades das mercadorias transportadas. O cupom fiscal foi emitido em 14.12.00, no mesmo dia da lavratura do termo de apreensão, e a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 18.12.07, após a emissão do cupom fiscal.

Conclui afirmando que o elemento probatório carreado aos autos pelo sujeito passivo tem o condão de elidir a ação fiscal, uma vez que o documento se refere às mesmas mercadorias

relacionadas no termo de apreensão e possui data de emissão anterior à lavratura do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente cabe considerar que o art. 167, I do RPAF exclui da competência deste Conselho de Fazenda a declaração de inconstitucionalidade argüida pelo recorrente, no que diz respeito, por exemplo, à vedação da utilização de tributo, com efeito, confiscatório da multa aplicada ou ao princípio da razoabilidade.

No mérito, como bem destacou a ilustre procuradora, o Termo de Apreensão constitui prova material evidente do suposto fato imponible. No caso presente, o Termo foi lavrado no dia 14/12/07, constando que as mercadorias estavam acompanhadas do Pedido nº 045800, com a descrição das mercadorias transportadas. O cupom fiscal foi emitido no mesmo dia da lavratura do Termo de Apreensão, enquanto que o Auto de Infração foi lavrado no dia 18/12/07, após a emissão do cupom fiscal. Esses fatos são suficientes para elidir a ação fiscal, pois o documento relaciona as mesmas mercadorias constantes do termo de apreensão e foi emitido em momento anterior às apreensões das mercadorias.

Ainda que não fosse improcedente, há uma nulidade absoluta neste processo, visto que a apuração da base de cálculo, demonstrativo de fl. 10, foi elaborado por servidor não investido das funções de auditor fiscal, considerando assim, vício de incompetência nos termos do art. 18, I do RPAF/99.

Em face do exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para, modificando a Decisão recorrida, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **054829.0043/07-3**, lavrado contra **CASARÃO SÃO CAETANO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS