

A. I. Nº. - 020176.0112/09-7
AUTUADO - FRIGOMAR FRIGORÍFICO LTDA.
AUTUANTE - PAULO GORGE TELIS SOARES DA FONSECA
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 26. 08. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0273-01/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS ACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Exigibilidade do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável, por estar com mercadoria acompanhada de documento fiscal irregular. A regularidade da mercadoria encontrada deveria ser comprovada mediante apresentação de nota fiscal idônea no momento da ação fiscal. A apreensão constitui prova material da prática da irregularidade. Infração subsistente. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 05/01/2009, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$15.852,50, acrescido da multa de 100%, em decorrência da constatação de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias no mesmo discriminadas, constatada durante contagem física, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências nº. 020176.0112/09-7, às fls. 05/06. Consta na “Descrição dos Fatos” que se refere a 25.000 quilos de bucho bovino, acompanhados do Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica nº 000.000.127, considerado inidôneo, por conter mercadorias divergentes.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 25 a 30, arguindo que a despeito de a acusação fiscal se referir à “divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física”, o impugnante percebendo por si só as irregularidades constantes na nota fiscal, imediatamente levou ao conhecimento das autoridades fiscais uma carta de correção (fl. 51), que encaminhou ao adquirente dos produtos, na qual informa sobre as irregularidades constantes na nota fiscal, que consistiam na descrição da mercadoria, que na verdade se referia a estômago congelado bovino, e na data de saída, sendo a correta 01/01/2009, para se resguardar quanto a qualquer sanção fiscal.

Entende que por essa razão a acusação contida no Auto de Infração tem o cunho exclusivo de prejudicar o defendente, e tanto é verdade que o Inspetor Fazendário tinha conhecimento do teor do referido documento, uma vez que o mesmo se encontrava junto à nota fiscal.

Observa que os fatos acima apontados evidenciam que o Auto de Infração não foi lavrado em conformidade com o procedimento legal, razão pela qual requer que seja decretada a sua nulidade. Apenas para argumentar, caso essa arguição não seja acatada, passou a tratar a respeito de outros questionamentos.

Salienta que de acordo com os ensinamentos do professor e advogado Nelson Leite Filho, em sua obra “Da Incidência e não Incidência – Isenção e Imunidade”, o fato gerador é a ação que faz nascer a obrigação do cumprimento de normas tributárias, confundindo-se com a incidência. Prosseguindo,

trata sobre obrigações principal e acessória, estando a primeira vinculada diretamente ao fato gerador, enquanto que a segunda é um mero efeito da ocorrência primordial. Fala, ainda, que a saída da mercadoria do estabelecimento faz nascer o crédito fiscal, gerando a obrigação para o contribuinte de pagar o tributo.

Em seguida, traz à colação palavras de Geraldo Ataliba a respeito do sujeito passivo das relações obrigacionais tributárias, extraídas de “Hipótese de Incidência Tributária”. É ressaltado que somente pode ser considerado como sujeito passivo da relação tributária a pessoa citada no texto constitucional como sendo o “destinatário da carga tributária”.

Frisa que o sujeito passivo é a pessoa que produz a materialidade da hipótese de incidência do tributo ou quem tenha relação pessoal e direta com essa materialidade, não podendo o Estado, de forma arbitrária, indicar outra pessoa como sujeito passivo.

Salienta que o presente Auto de Infração se baseou no Termo de Apreensão, que por sua vez apontou a existência de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias discriminadas. Afirma que ao indicar que o autuado incorreu em erro em relação às mercadorias constantes na nota fiscal, há patente equívoco, uma vez que de acordo com o comunicado emitido pelo próprio autuado, este reconhece a irregularidade e ao mesmo tempo faz as retificações, o que comprova inexistir qualquer infração.

Tendo em vista que o processo administrativo fiscal deve estar estribado em provas irrefutáveis, aduz que no caso em lide as provas apresentadas pela fiscalização são insubsistentes. Neste sentido, apresenta ensinamentos do advogado J. R. Feijó Coimbra, em sua obra “Defesas Fiscais”, onde é salientado que a dificuldade oposta às provas do sujeito passivo pode conduzir à nulidade processual.

Impugna toda e qualquer presunção de operação fiscal a si atribuída, tipificada nos enquadramentos legais constantes no RICMS/BA e correspondentes às multas elencadas na Lei nº. 7.014/96, em virtude de se considerar inteiramente alheio aos fatos que lhe foram imputados.

Requer, ao final, a nulidade do Auto de Infração, assim como a impugnação do enquadramento fiscal tipificado no RICMS/BA e as multas correspondentes contidas na Lei nº 7.014/96.

O Auditor Fiscal designado prestou informação fiscal às fls. 56 a 58, ressaltando que a acusação fiscal se restringe ao desencontro entre as mercadorias discriminadas no documento fiscal DANFE e as mercadorias efetivamente transportadas, conforme verificação física dos produtos. Enquanto o documento fiscal se refere a estômago congelado de suíno, a carga encontrada foi bucho bovino. O autuado alegou que esta incongruência entre o fato e o documento teria sido sanada pela emissão de Carta de Correção, alterando os campos atinentes à descrição dos produtos e à data de sua saída.

Salienta que a nulidade suscitada pela defesa, que tem o mesmo teor do argumento de mérito, não tem amparo legal no art. 18 do RPAF/99, devendo ser ultrapassada para a análise do mérito propriamente dito.

Observa que a citada carta de correção (fl. 51) foi produzida em 31/12/2008, entretanto só foi transmitida em 06/01/2009, conforme relatório de transmissão impresso no documento. Nesta data a ação fiscal já havia se encerrado, através da lavratura do Auto de Infração, sendo inoportuna a tentativa do autuado de corrigir o equívoco apontado. Manifesta o entendimento que não tendo mais como evitar a ocorrência, o autuado produziu a carta de correção visando elidir a ação fiscal, entretanto não se presta para tanto, tendo em vista que emitido posteriormente.

Acrescenta que, além disso, o art. 201, § 6º do RICMS/BA somente admite as chamadas cartas de correção quando não alteram a data de saída das mercadorias, como pretendeu o impugnante.

Sugere a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Saliento, inicialmente, que a infração imputada ao sujeito passivo tem previsão objetiva no RICMS/97, estando o fato gerador devidamente apontado, o que lhe dá fundamentação legal, tendo em vista, ademais, que o Auto de Infração contempla as disposições previstas no RICMS/BA, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº 7.014/96, que trata sobre esse imposto no Estado da Bahia. Ressalto, deste modo, que não tem nenhuma pertinência a alegação defensiva atinente à falta de embasamento legal para consubstanciar a imputação.

Não acato, da mesma forma, a argüição de nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de que arbitrariamente a fiscalização teria indicado pessoa ilegítima como sujeito passivo tributário, tendo em vista que a exigência do pagamento do imposto foi efetuada, de forma correta, daquele que se encontrava de posse das mercadorias quando flagradas sendo transportadas de forma irregular, restando demonstrada a responsabilidade do autuado pela realização da operação que resultou no presente lançamento de ofício. E tanto isso é verdade que o autuado na tentativa de elidir a imposição fiscal, emitiu e apresentou o documento designado “carta de correção”, com o objetivo de tentar sanar as irregularidades por ele próprio praticadas. Ademais, pelas próprias palavras do impugnante vê-se que ele admite a sua responsabilidade pela prática da infração que lhe foi atribuída, ao afirmar textualmente que “... *como se depara do comunicado da própria autuada esta dá a mão à palmatória reconhecendo a irregularidade e ao mesmo tempo, fazendo as suas retificações ...*”.

Ressalto que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no art. 39 do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara, estando fundamentada no Termo de Apreensão e Ocorrências que embasou a acusação fiscal, tendo sido determinados, com segurança, a infração e o infrator. Além do que, o autuado exerceu o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentando impugnação, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. Deste modo, estando o lançamento tributário previsto na legislação que rege o ICMS, ênfase não vislumbra a ocorrência de qualquer ofensa aos princípios que regem o processo administrativo fiscal.

No que concerne à afirmação de que a não aceitação das provas trazidas pelo sujeito passivo pode conduzir à nulidade processual, saliento que a análise do elemento probante trazido pela defesa mostra sem sombra de dúvida que não se presta para elidir a acusação fiscal, haja vista que tal documento – uma carta de correção – não está revestido da arguida legalidade. Ora, em primeiro lugar, o defendente afiança que o Inspetor Fazendário foi cientificado de antemão a respeito de sua existência, pois esse documento teria seguido junto ao documento fiscal que acompanhou a mercadoria, porém não traz nenhuma prova dessa alegação. Verifico, inclusive, que a citada carta de correção foi emitida com data de 31/12/2008 e transmitida via *fac-símile* apenas no dia 06/01/2009, portanto após a ocorrência do transporte das mercadorias e da lavratura do Auto de Infração.

Por outro lado, as denominadas cartas de correção somente podem ser admitidas quando não influírem no cálculo do imposto e nas datas de emissão e de saída das mercadorias. Tendo em vista que o seu objetivo estava voltado para alterar a discriminação das mercadorias transportadas e a sua data de saída é evidente que não pode ser admitido como prova em favor do impugnante.

No mérito, verifico que o Auto de Infração trata de operação relativa a 25.000 quilos de bucho bovino, que eram transportados acompanhados pelo Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica nº. 000.000.127, considerado como inidôneo, em razão de a mercadoria descrita no referido documento (estômago congelado de suíno) divergir daquela constatada através de contagem física, em conformidade com o Termo de Apreensão e Ocorrências.

Ao tentar justificar a irregularidade apurada pela fiscalização, o defendente trouxe aos autos, uma carta de correção, documento que não se presta, conforme já esclarecido acima, para derrocar a

infração que lhe foi imputada. Na autuação, de forma correta, foi exigido o pagamento do tributo do responsável pelas mercadorias no momento da ocorrência dos fatos, desde quando se encontrava de posse de mercadorias acobertadas por documentação fiscal inidônea. A Lei nº 7.014/96, em seu art. 6º, trata de normas endereçadas a todas as pessoas passíveis de atribuição de responsabilidade solidária. Nesse mesmo sentido, o RICMS-97 estabelece no artigo 39, inciso V, a responsabilidade solidária daquele que detiver mercadorias acompanhadas por documentação fiscal inidônea, o que vem a ser o caso presente, conforme transcrevo em seguida:

“Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

V - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;”

Verifico que o levantamento de preços conduzido pela fiscalização foi feito de forma correta, uma vez que baseado na pauta fiscal das mercadorias em questão (fl. 11).

Diante do exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020176.0112/09-7**, lavrado contra **FRIGOMAR FRIGORÍFICO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.852,50**, 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, 17 de agosto de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA