

**PROCESSO** - A. I. Nº 0936981350/08  
**RECORRENTE** - EURÍPEDES FIGUEIREDO DE CARVALHO FILHO  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 5ª JJF nº 0097-05/09  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** - 08/06/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0144-12/10

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. MERCADORIAS EM TRÂNSITO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL DE ORIGEM. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apresentação posterior de documento fiscal não corrige o trânsito irregular de mercadoria. Na saída de mercadoria do estabelecimento remetente deve ser emitida a Nota Fiscal correspondente para documentar a realização da operação. A apreensão é apenas um procedimento legal previsto para constituição da prova material do fato. Não comprovado o pagamento do ICMS. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a referida Decisão proferida pela 5.ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF n.º 0097-05/09, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$4.728,04, acrescido da multa de 100%, em decorrência da apreensão de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais.

O lançamento foi lastreado no Termo de Apreensão de Mercadorias e Ocorrências nº 140302 (fl. 2) que registra a apreensão de 410 caixas de cerveja Skol com 24 unidades cada, transportadas pelo veículo de placa JMK 6696, conduzido pelo autuado, desacompanhadas de nota fiscal no ato da ação fiscal, ocasião em que foi apresentado o Mapa de nº 46164 de 07/11/08, constando a descrição da mercadoria.

Às fls. 12 a 14, a empresa Tic Distribuidora de Bebidas Ltda impugnou o lançamento dizendo que a mercadoria autuada estava acompanhada da Nota Fiscal nº 0267194, destinada ao cliente Jair de Oliveira Nogueira e que, ao passar pela estrada do Derba, o motorista entregou ao preposto fiscal Sr. Emanuel Dantas, Cad. 095.188-4, a nota fiscal juntamente com o mapa de roteirização e que o preposto do fisco guardou os referidos documentos no bolso, retendo-os arbitrariamente, ordenando que o seguisse até o posto de Passagem dos Teixeira onde outro servidor informou-lhe que o problema só poderia ser resolvido no posto da Calçada.

Disse que no posto da Calçada foi lavrado o Termo de Apreensão e o presente Auto de Infração, sob a justificativa de que a mercadoria estava sem nota fiscal.

Salientou que as mercadorias possuíam documento fiscal hábil e que o ICMS foi retido pela fábrica e que tal fato poderia ser provado pela segunda via da nota fiscal que anexava à impugnação.

Acrescentou que, além da prova documental acostada à impugnação, requeria a produção de prova testemunhal, com oitiva do motorista e de Julio Cesar Oliveira da Silva que arrolava como testemunha.

Por fim, pediu que o Auto de Infração fosse julgado Nulo.

Na informação fiscal de fl. 32 a autuante expressou que o Auto de após o Termo de Apreensão, em decorrência de interceptação de caixas de cerveja desacompanhadas de documentação fiscal e que, depositário fiel não se dirigiu a ela e nem à Inspeção para reclamar.

documento fiscal, ação fiscal ou para fazer qualquer outra reclamação, com o que entende que a alegação tem apenas efeito procrastinatório.

Concluindo, pugnou pela manutenção da ação fiscal.

Através do Acórdão JF nº 0097-05/09, decidiu a 5ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“(…)

*Observo que o Auto de Infração atende às formalidades legais previstas no art. 38 do RPAF/99, tendo como suporte o Termo de Apreensão de mercadorias e dispositivos regulamentares que enquadra a infração, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual foi plenamente exercida com a defesa apresentada.*

*De pronto, indefiro o pedido de produção de prova testemunhal através de oitiva das testemunhas arroladas na Defesa vez que tal procedimento não tem previsão no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia-RPAF o qual norteia a instrução e julgamento das lides administrativo-fiscais no âmbito da SEFAZ. Ademais, também entendo desnecessário o procedimento no caso em apreço uma vez que não encontro no processo qualquer elemento de prova da ocorrência da grave acusação entabulada na Defesa, tendo em vista que a impugnante, podendo e devendo por lhe ser indispensável em subsidio, não envidou providências legais de denúncia judicial ou mesmo administrativa para registrar o episódio criminal que alega.*

*No mérito, o Auto de Infração trata de exigência de ICMS referente a mercadorias que estavam sendo transportadas sem documentação fiscal e, neste particular, chama-me atenção o fato de a impugnante afirmar juntar via da nota fiscal que disse estaria acompanhando a mercadoria autuada, tal documento não se encontrar nos autos.*

*No caso presente, autuante e autuado consentem que o documento que acompanhava as mercadorias autuadas era o mapa que a impugnante chama de “mapa de roteirização” constante da fl. 05 que, obviamente, não é documento fiscal substituto da nota fiscal para o caso em análise.*

*Quanto ao argumento defensivo de que o ICMS relativo às mercadorias apreendidas já tinha sido retido pela fábrica, não pode ser acolhido em razão de que as mercadorias objeto da autuação foram apreendidas desacompanhadas de documentação fiscal e em se tratando de cerveja, mercadoria sem especificação unitária e de largo consumo, não há certeza de que as mercadorias consignadas em eventuais notas fiscais de compras são as mesmas mercadorias apreendidas sem documentação fiscal para comprovar a sua origem e recolhimento por substituição tributária. Portanto, não tendo sido provada essa correlação não pode ser acatada a alegação de que ocorreu retenção do imposto.*

*Logo, na situação presente, estando as mercadorias apreendidas desacompanhadas de documento fiscal, considero correto o procedimento da fiscalização, ao estabelecer o imposto devido na forma do demonstrativo de fl. 07 tomando como preço referência para apurar a base de cálculo, o valor constante do mapa de roteirização que acompanhava as mercadorias apreendidas (art. 938, V, b, 2 do RICMS/BA), conforme previsto no item 2 no caso, declarado pelo próprio contribuinte, conforme documento juntado à fl. 07.”*

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o depositário das mercadorias apreendidas Recurso Voluntário, através do qual inicialmente tece escorço histórico a respeito do presente PAF.

Suscita preliminarmente a nulidade do Acórdão recorrido, tendo em vista a frontal ofensa ao direito do contraditório e da ampla defesa, além do princípio da verdade material e dos princípios gerais do Direito, conforme previsto no art. 2, do RPAF.

Assevera que, ao contrário do que entenderam os julgadores de primeira instância, a produção de prova testemunhal é admitida no processo administrativo fiscal, à luz do art. 2, do RPAF, cujo teor transcreve. Diz que o RPAF, ao admitir os demais princípios de direito, reconheceu também todos os meios de prova admitidos no Direito. Transcreve o art. 332, do CPC e afirma que o RPAF não veda nenhum meio de prova admitido em Direito, fazendo, ao contrário, alusão ao fato de que o sujeito passivo deve indicar os meios de prova com que pretende demonstrar a verdade de suas alegações, como preceitua o art. 8, IV, do referido Diploma.

Acrescenta que o art. 400, do CPC, determina que a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. Sienta que, no caso presente, as alegações do recorrente para demonstrar a improcedência da autuação necessariamente tem por pessoa que presenciou que a nota fiscal acompanhava a merc

Aduz que não se pode exigir que o recorrente produza prova documental sobre o fato, tendo em vista que se trata de fato que somente pode ser provado mediante oitiva de testemunha que presenciou o fato. Além disso, prossegue, não pode a Administração exigir que o contribuinte promova qualquer tipo de apuração de ilícito penal para que a prova produzida no bojo do processo administrativo tenha validade. Tal exigência e vinculação é claramente ilegal e inconstitucional e jamais poderia constranger a instrução do processo administrativo fiscal.

Ressalta que o Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda tem reconhecido a necessidade de anulação do processo administrativo fiscal que não observar o princípio da verdade material, transcrevendo trecho de Acórdão nesse sentido.

Ao final, requer a reforma da Decisão recorrida para o fim de ser reconhecida a nulidade da mesma e da autuação, ou, sendo ultrapassada a nulidade, a improcedência do lançamento de ofício.

A ilustre representante da PGE-PROFIS, após tecer considerações acerca das razões recursais, opina no sentido de que o Recurso Voluntário interposto não merece provimento.

## VOTO

Em seu Recurso Voluntário limita-se o depositário fiel das mercadorias a alegar que a negativa de oitiva de testemunhas pelo *a quo* importou em cerceamento ao seu direito de defesa, buscando justificar a necessidade de ser ouvida testemunha que comprovaria a alegação de que a nota fiscal foi retida pelo autuante na abordagem inicial do caminhão.

Da análise dos fólios processuais, entendo que a negativa da 5ª Junta de Julgamento Fiscal em autorizar a produção de prova testemunhal por parte do oro recorrente não enseja a nulidade da autuação, muito menos daquele *decisum* de *primo* grau, visto que este foi devidamente fundamentado, tanto na falta de previsão regulamentar, quanto na sua desnecessidade.

Assim, a prova testemunhal que pretende o recorrente produzir não foi suficientemente justificada, especialmente porque a questão ora debatida envolve exatamente a prova documental, qual seja, a cópia da nota fiscal que acompanhava a carga no transporte das mercadorias apreendidas.

Ademais, nem mesmo a outra via da nota fiscal que consta na indicação do roteiro de fl. 5 foi trazida pelo recorrente, suposto remetente, bem assim, a assinatura do próprio termo de apreensão das mercadorias se constituiu em prova contrária ao autuado.

*Ex positis*, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

## 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 0936981350/08, lavrado contra **EURÍPEDES FIGUEIREDO DE CARVALHO FILHO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.728,04**, 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, 06 de maio de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

NELSON ANT