DECISÃO Nº: **184/2013**

PROTOCOLO Nº: 124170/2013-2

PAT N.º: 0205/2013-6ª URT

AUTUADA: OESTETRIGO DISTRIBUIÇÃO E REPRESENTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA-ME

FIC/CPF/CNPJ: 20.096.318-0

ENDEREÇO: AV. PTE DUTRA, 1995, ALTO DE SÃO MANOEL, MOSSORÓ-RN

EMENTA – ICMS – Remessa de mercadoria com documentação inidônea por não corresponder efetivamente à operação flagrada pelo fisco. A nota fiscal oferecida ao fisco itinerante, bem como aquelas carreadas aos autos em sede de impugnação não se prestam para acobertar a operação auditada pelos autores do feito, nem para documentarem a propalada operação triangular. Denúncia que se confirma. Inidoneidade configurada – Art. 46 da Lei 6968/96 O lapso temporal para conversão do Termo de Apreensão de Mercadorias em Auto de Infração é o que se pode denominar de prazo impróprio, cuja inobservância inacarreta qualquer sanção processual. Restou comprado nos autos a correta eleição do sujeito passivo por parte do fisco. Preliminares de nulidades que se afasta. Processo que atende aos quesitos legais. Conhecimento e Inacolhimento da Impugnação – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO FISCAL.

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Consta que, contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração n° 205/2013-SUMATI 6ª URT, onde se denuncia utilização de documento fiscal inidôneo para acompanhar o trânsito da mercadoria, deixando de pagar o ICMS decorrente do fato gerador caracterizado no art. 2º, I, "a", c/c art. 69, XVI; figurando como sujeito passivo nos termos do art. 146 c/c art. 136, I, "b".

Assim, deu-se por infringido o art. 150, III, XIII e XIV c/c art. 415, art. 416, I e art. 418, I, art. 150, XIX todos do Regulamento de ICMS aprovado pelo Decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997.

Como penalidade foi proposta a constante do art. 340, III, "c", do supracitado instrumento regulamentar, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133 do referido RICMS.

A composição do crédito tributário, segundo o autor do feito, é de multa no valor de R$ 17.940,00 (dezessete mil novecentos e quarenta reais), mais o ICMS no valor de R$ 10.166,00 (dez mil cento e sessenta e seis reais), perfazendo o montante de R$ 28.106,00 (vinte e oito mil cento e seis reais) em valores históricos.

Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à empresa autuada; Termo de Apreensão de Mercadorias; Demonstrativo da Ocorrência; Documento Auxiliar de Nota Fiscal apresentado pela defesa; Relatório Circunstanciado de Fiscalização;

2. IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se às denúncias, alegou a autuada, através de sua impugnação às fls. 15 e 20, que:

- os artigos 378 e 380 do RICMS, regulam o Termo de Apreensão de Mercadorias - TAM;

- o TAM necessita de reparos, visto que não se obedeceu o prazo previsto no §2º do art. 379 para a lavratura do auto de infração que é após 5 dias a lavratura do Termo;

- há erro na eleição do sujeito passivo da obrigação tributária;

- o conceito de inidôneo é: Que não tem idoneidade; Não confiável; Impuro; Desprovido de oficialidade; Que está na ilegalidade; Que age com desonestidade; Infrator; Adj. Que não é idôneo; Inapto;

- a empresa é regularmente instituída, inscrita no Cadastro Estadual desde 2004, credenciada para emissão de NF-e desde 2009, possui credenciamento para pagamento de ICMS antecipado desde 2007;

- é distribuidora oficial de farinha de trigo do Grupo M Dias Branco para todo o RN;

- o ICMS foi totalmente recolhido por substituição tributária pelo Moinho até a última operação "consumidor final";

- o Estado não sofreu nenhum dano;

- autorizou a entrega feita pelo Moinho em Natal diretamente ao cliente que também é situado em Natal, com o intuito de agilizar a logística, sendo emitida uma NFe;

- anexou relatório gerencial que comprova aquisição regular de mercadoria;

Diante do exposto, solicita que seja indeferido o presente auto de infração, visto que encontra-se improcedente em sua totalidade.

3. CONTESTAÇÃO

Instado a contestar a impugnação da autuada, os ilustres autores, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 26 a 28, alegaram que:

- a mercadoria é da propriedade do autuado, visto que foi ele que a remeteu, conforme os documentos de propriedade da carreta que transportou a mercadoria;

- por ser a empresa autuada que enviou a mercadoria e por ser proprietária da carreta, coube à identificação da propriedade para a Oestetrigo;

- o prazo dilatado em nada prejudicou o contribuinte, ao contrário, pois concedeu a possibilidade dele recolher o ICMS devido após analisar, como foi pedido inicialmente;

- o Auto de Infração foi lavrado após a constatação de que não iria ser pago o valor devido no TAM, não havendo cerceamento de defesa ao contribuinte;

- o alegação de que a mercadoria estava acobertada com documento fiscal autenticado pelo Portal de NFe não prospera, visto que o volume que estava sendo

entregue era de 600 sacas de farinha de trigo e o documento apresentado constavam 800 sacas, não correspondendo a mercadoria descarregada, não sendo assim documento idôneo;

- não tem como comprovar o recolhimento do imposto devido referente as 600 sacas, pois não foi apresentado documento correspondente;

- o relatório gerencial anexado não corresponde a documento fiscal que comprove a real operação;

Diante do exposto, requerem que seja julgado procedente o presente Auto de Infração.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 29) que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que se cumpre relatar.

DO JUIZO DE ADMISSIBILIDADE

Em obediência ao artigo 110 do RPPAT, observo que a impugnação produzida pela autuada preenche aos pressupostos de admissibilidade, especialmente, por ser tempestiva, motivo pelo qual dela conheço.

Conhecida a presente defesa, passa-se a discorrer sobre as razões de fato e de direito que contornam o auto de infração de que cuida a inicial com a consequente prolação da decisão de mérito.

DO EXAME PRELIMINAR

Em sede preambular, antecedendo-se ao mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos pressupostos regentes da espécie, notadamente, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que os autos estão devidamente instruídos, pois, a inicial e demais documentos e anexos que a integram, propiciam, sem sombra de dúvidas, ao contribuinte, exercitar o seu direito de se defender com amplitude, respeitando-se, assim, os princípios constitucionais afetos ao tema.

De fato, não vislumbro qualquer mácula de nulidade que possa contaminar o feito de que cuida a inicial; a descrição da denúncia reflete com clareza solar os fatos que realmente aconteceram e o enquadramento legal guarda perfeito liame com a conduta denunciada. A penalidade proposta, por seu turno, emana de Lei, sendo a específica para a hipótese que se apresenta.

Mesmo assim, alega a defesa em sede de preliminar que não se obedeceu ao prazo de 5 dias previsto no parágrafo 2° do artigo 379 do Regulamento de ICMS para a lavratura do Auto de Infração, em decorrência do fato de que o TAM fora lavrado em 19 de maio de 2013 e somente em 11 de abril de 2013 fora convertido em Auto, vale dizer, após 24 dias.

Com efeito, a tese sustentada pela defesa não que prosperar, pois o lapso temporal ali previsto se trata, na verdade, de prazo impróprio, aquele que quando inobservado não gera preclusão - perecimento do exercício do direito – seu descumprimento não acarreta nenhum tipo de sansão processual, conforme leciona Nelson Nery Júnior, "o ato praticado além do prazo impróprio é válido e eficaz".

Nesse desiderato, menos arrazoado seria o acolhimento da tese da defesa, porquanto indiretamente estaríamos atribuindo efeitos de exclusão do crédito tributário ao mero descumprimento de um prazo mpróprio, cuja finalidade precípua de sua existência é a aferição do desempenho do servidor por parte da Administração, bem como assegurar ao sujeito passivo o direito de regularizar a infração registrada através do TAM, sem que tenha de responder a um Processo Administrativo Tributário.

Igualmente, não prospera a alegação de erro na eleição no sujeito passivo; com efeito, nesse particular aspecto não merece qualquer reproche ao trabalho do fisco, tendo em vista que além do documento de propriedade da carreta que transportou a mercadoria estar em nome da empresa ora impugnante, fl. 09, esta reconheceu na impugnação ser a responsável pela carga, tendo admitido que comprou as mercadorias apreendidas do Moinho e autorizou a entrega direta ao seu cliente objetivando agilizar a logística, além de admitir ser a distribuidora oficial no Estado do RN de farinha de trigo do Grupo M Dias Branco o que corrobora com entendimento de ser ela o verdadeiro sujeito passivo na presente contenda.

Com ser assim, desde já afasto as alegações suscitadas em sede de preliminar, porquanto desprovidas de qualquer plausibilidade.

Demais disso, abserva-se que o presente lançamento se aperfeiçoou dentro do lustro decadencial.

DO MÉRITO

Nos termos do relatório acima, versa o presente processo sobre a denúncia em desfavor da autuada já bem qualificada, de utilização de documento fiscal inidôneo para acobertar o trânsito da mercadoria, vale dizer, 600 sacos de farinha de trigo.

Quanto à questão de fundo, observa-se, de pronto, que a resolução da presente contenda não demanda maiores elucubrações, e a razão, neste caso, não acode a ora impugnante.

Apropósito, a impugnante trouxe à baila o conceito de inidôneo e em seguida tratou de demonstrar a regularidade da sociedade empresária, evidenciando se tratar de uma empresa idônea; esquecendo-se, porém, que não há que se confundir a idoneidade desta com a do documento fiscal em jogo, restando clarificado que em momento algum o fisco coloca em jogo a inidoneidade da ora impugnante.

Com efeito, a motivação do presente processo foi a apresentação de Nota Fiscal considerada inidônea por estar divergente com a mercadoria apreendida; vale dizer, o documento representativo da nota fiscal apresentada ao fisco no momento do flagrante do descarrego, não se prestava para acobertar as mercadorias examinadas pelos prepostos do Estado, pois com elas não guardava perfeito liame.

A rigor, a questão posta é saber se a documentação constante dos autos e apresentada ao fisco se presta para acobertar a operação examinada pelos agentes do fisco Estadual, qual seja, o descarrego de 600 sacas de farinha de trigo.

Grife-se, por oportuno, que o documento de folha 07 faz referência a 800 sacas de farinha de trigo quando o fisco comprova que a operação fiscalizada envolvia apeas 600 sacos do mesmo produto, o que demonstra a invalidade do mencionado documento para os fins pretendidos pelo ora impugnante. Por outro lado, menos ainda se prestam para acobertar as mercadorias apresentadas ao fisco, os documentos carreados aos autos em sede de impugnação, pois estes têm como destinatária a própria autuada, situada em Mossoró e a operação em jogo tinha como destinatário contribuinte sediado no município de Natal.

De sorte, que a teor do artigo 46 da Lei 6968/96, reproduzido pelo art. 415 do RICMS, resta configurada a inidoneidade do documento acima referido.

Lei 6968/96:

> ***Art. 46.*** *Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:*
> ***I -*** *omitir indicações, inclusive as necessárias à perfeita indicação da operação ou prestação;*
> ***II -*** *não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação ou quando indevidamente utilizado como documentos fiscais;*
> ***III -*** *não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, inclusive no caso de utilização após vencido o prazo de validade determinado em legislação;*
> ***IV -*** *contiver declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou contiver rasura ou emenda que lhe prejudique a clareza;*
> ***V -*** *não se referir a uma efetiva operação ou prestação, salvo nos casos previstos em regulamento;*
> ***VI -*** *embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude ou sonegação;*
> ***VII -*** *tenha sido utilizado em operação ou prestação anterior, exceto nos casos previstos na legislação;*

Em reforço, observa-se que além dos documentos apresentados em sede de impugnação não se prestarem para acobertar a operação em jogo, sua apresentação a

posterior, não produziria qualquer efeito em prol da autuada, como bem posto pelo ilustro autor do feito, servindo apenas para ratificar o feito, conforme disposto no art. 333, §5° do RCMS.

> ***Art. 333.*** *Infração é toda ação ou omissão, voluntária ou não, que importe em inobservância por parte de pessoa natural ou jurídica de norma estabelecida por lei ou regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinado a completá-los relativos ao imposto.*
> ***§ 5º*** *O trânsito irregular de mercadoria* ***não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal.*** (grifo nosso)

A ausência de documentação fiscal idônea para acobertar a operação objeto do feito, inviabiliza qualquer pretenção da autuada em suscitar que o imposto poderia haver sido pago através da sistemática da substituição Tributária, porquanto tal assertiva padece da comprovação através de documentação idônea, que não é o caso.

Ainda, o sujeito passivo fez referência a relatório gerencial, porém este não é documento capaz de substituir a Nota Fiscal, como também não restou comprovada nem observadas o ritual inerente a eventual operação triangular como suscitou a defesa, sem contudo nada comprovar validamente nesse sentido.

Nesse contexto, por restar comprovado nos autos o cometimento da infração apontada na inicial, tendo em conta que a autuada não apresentou em sua defesa nenhum fato novo ou documento válido que a excusasse da acusação, entendo que a autuação deve ser acolhida em toda sua intereza, pelos motivos acima expostos.

DA DECISÃO

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, ***JULGO PROCEDENTE*** o Auto de Infração lavrado contra a empresa OESTETRIGO DISTRIBUIÇÃO E REPRESENTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA - ME, para impor à autuada a multa regulamentar, no valor de R$ 17.940,00 (dezessete mil novecentos e quarenta reais), sem prejuízo do recolhimento do ICMS devido, no valor de R$ 10.166,00 (dez mil cento e sessenta e seis), perfazendo o montante de **R$ 28.106,00 (vinte e oito mil cento e seis reais)**, sujeitando-se, por conseguinte, aos acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo instrumento regulamentador.

Remeto os autos à 6ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal, 24 de julho de 2013.

Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal