

PROCESSO - A. I. Nº 000896887-0/04
RECORRENTE - JOSÉ ALBERTO LAUCK (FAZENDA PALOTINA I e II)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0362-04/05
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 11/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0271-11/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DO TERMO DE ENCERRAMENTO DE FISCALIZAÇÃO OU DO TERMO DE APREENSÃO. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. O Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará. Só é dispensada a lavratura dos Termos de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização ou do Termo de Apreensão, apenas, quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de: **a)** descumprimento de obrigação acessória; **b)** irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa e; **c)** irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias. Ausência de elemento essencial nos autos, devendo ser renovada a ação fiscal, salvo de falhas. Decretado, de ofício, a **NULIDADE** do procedimento fiscal. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0362-04/05, que julgou Procedente o Auto de Infração, Modelo “2” – Trânsito, o qual foi lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$11.217,90, acrescido da multa de 100%, sob a seguinte acusação “*Retirou 3.065 sacas de soja do Estado da Bahia, com documentação falsa, conforme notas fiscais números 152, 155, 158, 169, 188, 190. Cópias em anexo*”, cujos documentos fiscais, de emissão do contribuinte, foram destinados para Brito Silva e Aguiar Cereais Ltda, CNPJ nº. 061.476.636/0001-47, localizado em Uberaba (MG).

A Decisão Recorrida foi de que o sujeito passivo exerceu amplamente o seu direito de defesa e que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais.

No mérito, ressalta que o autuado, efetivamente, é o sujeito passivo da obrigação tributária principal, pois a lei o elegeu como contribuinte do ICMS, por ter relação direta com o fato gerador do imposto, nos termos do art. 5º da Lei nº. 7.014/96. Registra que a apuração que está sendo feita na Delegacia Especial de Combate a Crime Fiscais em parceria com a Secretaria da Fazenda não afasta a possibilidade de se exigir o imposto do sujeito passivo da obrigação principal e constituir o crédito tributário, resguardando-se dos efeitos da decadência, pois não merece acolhida sua alegação de que quem deveria ser responsabilizado é o Sr. Marcos Veloso, que tinha a posse dos talonários fiscais, visto que o contribuinte é que é responsável pelo cumprimento da obrigação tributária, pois os documentos fiscais comprovam as vendas de soja em grãos e são de emissão do próprio contribuinte.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 70 a 77 dos autos, argüiu, como preliminar, a ilegitimidade passiva do recorrente, uma vez que as operações se referem às mercadorias apreendidas em trânsito sob responsabilidade e posse dos transportadores, nos termos do art. 39, V, do RICMS.

Entende necessária a reforma do Acórdão recorrido por não enfrentar a principal fundamentação do recorrente de que a ninguém deve ser imputada a infração, cuja autoria está sob investigação.

Ressalta que o próprio CONSEF, em situações semelhantes, já enfrentou esta questão da autoria do ilícito tributário como condição para imputação da obrigação do recolhimento de tributo, a exemplo dos Acórdãos JJF nº. 0176-01/03 e CJF nº. 0470-11/03. Indaga se persistirá a exigência do tributo se o inquérito investigativo chegar à conclusão que o autuado não foi o autor das clonagens e falsificações dos DAES?

Registra que o Acórdão recorrido não enfrenta a questão de que o autuante indica como dispositivos infringidos os artigos 202 e 209, IV, do RICMS, que tratam de situações que caracterizam a inidoneidade do documento fiscal. Sustenta que na verdade as notas fiscais apreendidas não são inidôneas, mas falsas, pois clonadas das verdadeiras notas fiscais. Salienta que as notas fiscais verdadeiras ainda estão sem emissão, cujo talonário se encontra em posse da SEFAZ. Defende que, por não ter sido identificado o infrator, o Auto de Infração deve ser anulado, por aplicação do art. 18, IV, “a” e “b” do RPAF, pois não emitiu as notas fiscais, nem realizou as operações descritas pelo autuante, visto que não teria benefício algum com a clonagem de suas próprias notas fiscais, cuja autoria está dependente de averiguação policial.

Destaca que não existem nos autos elementos que vinculem o recorrente às fraudes apuradas.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Drª. Manuela Tapioca de Rezende Maia, às fls. 81 a 84 dos autos, em seu Parecer ressalta, em relação a preliminar de que o Auto de Infração deveria ser lavrado contra o transportador, que o instituto da responsabilidade solidária é caracterizado pela existência de mais de um credor, ou mais de um devedor (como no caso em tela), na mesma relação obrigacional, cada qual com direito ou obrigado à dívida toda. Destaca que, nos termos do art. 124, parágrafo único, do CTN, a solidariedade tributária não comporta benefício de ordem, podendo ser cobrada de qualquer dos sujeitos passivos.

No mérito, aduz que os documentos fiscais, acostados às fls. 03 a 08 dos autos, comprovam a venda da mercadoria e, portanto, a condição do contribuinte de sujeito passivo da obrigação tributária, como emissor das notas fiscais, descabendo sua tese de que não realizou as operações de venda das mercadorias e de que inexistem elementos nos autos capazes de comprovar a sua relação com as práticas fraudulentas.

Salienta que mesmo que se admitisse a defesa do recorrente com base na ausência de culpa, a sua responsabilidade não seria elidida, uma vez que, como asseverado às fls. 13, o sujeito passivo, assim como outros produtores rurais da região, contratou corretor para fazer intermediação da venda da mercadoria, inclusive entregando-lhe o talonário para emissão de notas fiscais.

Ressalta que eventuais convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos não podem ser opostas contra a Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo de uma determinada obrigação tributária.

Assim, entende que as razões expendidas pelo recorrente não têm o condão de macular o crédito tributário materializado no Auto de Infração, nem tampouco de eximir-lo da responsabilidade pelo seu pagamento, do que opina pelo não provimento do Recurso Voluntário interposto.

Em pauta suplementar do dia 29/06/2006 esta 1ª CJF indeferiu a diligência, proposta por este Relator, para que os autuantes anexassem aos autos o Termo de Apreensão, por entender que, apesar do formulário “Modelo 2”, efetivamente, não se trata de Auto de Trânsito de Mercadoria.

VOTO

Conforme já relatado, trata-se de Auto de Infração, Modelo “2” – Trânsito, o qual foi lavrado sob a seguinte acusação “*Retirou 3.065 sacas de soja do Estado da Bahia, com documentação falsa, conforme notas fiscais números 152, 155, 158, 169, 188, 190. Cópias em anexo*”.

Da interpretação do referido texto não se conclui que a ação fiscal ocorreu quando as mercadorias estavam ainda transitando ou se *a posteriori*, e, como tal, se refere a uma fiscalização de trânsito de mercadorias ou de comércio.

A princípio parece irrelevante tal discussão, porém entendo essencial, pois se tratando de uma operação de trânsito de mercadorias caberia a lavratura do Termo de Apreensão das mercadorias, no qual deveria se fundamentar obrigatoriamente a ação fiscal, de forma a se constituir prova material da infração, consoante previsto no art. 28, inciso IV, combinado com o art. 41, inciso I, ambos do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99. E mais do que isso, serviria para identificar o verdadeiro autor da fraude, visto que certamente o transportador, como responsável solidário pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devido pelo contribuinte de direito, nos termos do art. 39, inciso I, alínea “d”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, levaria facilmente a investigação aos autores da falsificação e, consequentemente, com segurança, à legitimidade do sujeito passivo, tão questionada pelo recorrente.

Devo ressaltar que nos documentos fiscais apreendidos, objeto desta ação fiscal, não consta a indicação do transportador.

Contudo, apesar do Auto de Infração consignar como local da infração o Posto Fiscal e ter sido lavrado apenas dois dias após a emissão dos citados documentos fiscais, tanto seu teor quanto a ausência do Termo de Apreensão não nos assegura tratar-se de uma ação fiscal de trânsito de mercadorias, pois em momento algum se reporta que tais mercadorias se encontravam em trânsito, mas, sim, a uma expressão genérica de que “Retirou 3.065 sacas de soja do Estado da Bahia, com documentação falsa...”. Ressalto, inclusive, que a conjugação do verbo encontra-se no passado, como fato pretérito e não no gerúndio, como fato presente naquele momento.

Assim, diante destas considerações, entendo que, apesar do formulário “Modelo 2”, efetivamente, não se trata de Auto de Trânsito de Mercadoria.

No entanto, vislumbro que, independente do modelo, o Auto de Infração deveria ser acompanhado de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentaria, conforme previsão legal insita no art. 28, § 4º, inciso I, do RPAF/99, cuja dispensa da lavratura do Termo de Apreensão ou do Termo de Encerramento de Fiscalização só ocorre, apenas, quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

- a) descumprimento de obrigação acessória;
- b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa e;
- c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias, consoante art. 29, I, do RPAF, fatos estes que divergem dos ocorridos na presente ação fiscal. Tal disposição só cabe exceção na hipótese do Auto de Infração “Modelo 3”, lavrado por processamento de dados, por estar o Termo de Encerramento compreendido no próprio Auto de Infração, o que não é o caso dos autos.

É válido destacar que nos termos do art. 28, inciso VII, do RPAF, na hipótese de se tratar de Auto de Infração em estabelecimento, a autoridade administrativa lavrará o Termo de Encerramento de Fiscalização, o qual se destina a documentar o encerramento do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transscrito diretamente em livro do próprio contribuinte, o que também não ocorreu.

Assim, independente do modelo, observo a existência de vício insanável na lavratura do Auto de Infração, por não ser acompanhado do respectivo Termo de Apreensão ou de Encerramento de Fiscalização, o qual deveria ser lavrado na ação fiscal de forma a fundamentar o lançamento de ofício.

Diante do exposto, entendo PREJUDICADO o Recurso Voluntário, motivo por que deixo de examinar suas razões, e de ofício declaro NULO o Auto de Infração, com fundamento no art. 20, do RPAF/99, por não se encontrar nos autos elemento essencial à sua fundamentação, do que,

desde já, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, salvo das falhas acima consignadas, nos termos do artigo 156 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULO** o Auto de Infração nº **000896887-0/04**, lavrado contra **JOSÉ ALBERTO LAUCK (FAZENDA PALOTINA I e II)**, devendo a autoridade competente instaurar novo procedimento fiscal, salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS