

PROCESSO - A. I. Nº 08880565/04
RECORRENTE - JOSÉ ALBERTO LAUCK (FAZENDA PALOTINA I E II)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0361-04/05
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 07/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0424-11/06

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 Enceramento 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. Exigência fiscal decretada nula de ofício. 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 0361-04/05, que julgou Procedente o Auto de Infração, Modelo “2” – Trânsito, o qual foi lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$ 29.206,80, acrescido da multa de 100%, sob a seguinte acusação “Retirou do Estado da Bahia 7.920 sacos de soja com documentos falsos, conforme N.F. números 137, 140, 143, 144, 147, 171, 172, 173, 181, 182, 183 e 184. Em anexo. (Referente a 7920 sacos)”, 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. 97 a 104 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.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, Dr. João Sampaio Rego Neto, às fls. 108 a 110 dos autos, em seu Parecer ressalta que o Recurso Voluntário em nada acrescenta em termos de novas considerações de fato ou de direito que viessem a justificar uma nova abordagem.

Salienta que não procede a tentativa do recorrente em querer anular a autuação por ter havido equívoco no seu enquadramento legal. Aduz que ainda que pudéssemos considerar que os dispositivos infringidos apontados na autuação não correspondessem à descrição dos fatos, prevalece o que foi descrito na narrativa dos fatos, cabendo, se fosse o caso de prejuízo para a defesa apresentada, até mesmo o saneamento do A.I. com a correção na indicação dos dispositivos. Aduz que o autuado não só se defendeu sem demonstrar ter sofrido qualquer prejuízo ou dificuldade de identificação em relação ao enquadramento legal relativo à sua infração, como corroborou o ocorrido e defendeu-se utilizando de todos os Recursos que logrou possuir.

Também ressalta que a multa aplicada foi pertinentemente apontada possibilitando ao perfeito estabelecimento da relação causa-efeito entre o ato ilícito e a respectiva sanção.

Registra que lhe chamou atenção o fato do autuado ter negado a operação de venda ao destinatário Brito Silva e Aguiar Cereais Ltda., pois este comerciante não só confirmou a operação, como impetrou mandado de segurança na Vara de Fazenda Pública de Barreiras conseguindo a liberação da mercadoria para que seguisse para o seu estabelecimento. Destaca que o autuado em nada se manifestou contra essa remessa, por conta de serem as suas mercadorias que estariam seguindo para um destinatário desconhecido em outro Estado e com documentação falsa, supostamente emitida por um preposto seu, em relação ao qual apresenta queixa de estelionato.

Por fim, aduz ser imperioso ressaltar que o fato gerador relativo a circulação da mercadoria efetivamente ocorreu e que o art. 118 do CTN dispõe que “a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos”, o que vale dizer, que o sistema tributário alberga a possibilidade de tributação sobre os resultados econômicos de atos ilícitos que eventualmente pode verificar-se na ocorrência do fato gerador do tributo, pois a ilicitude do ato praticado nada tem haver com a relação tributária.

Assim, opina pela manutenção integral dos termos da Decisão da JJF.

VOTO

Conforme já relatado, trata-se de Auto de Infração, Modelo “2” – Trânsito, o qual foi lavrado sob a seguinte acusação “*Retirou do Estado da Bahia 7.920 sacos de soja com documentos falsos, conforme Notas Fiscais nºs 137, 140, 143, 144, 147, 171, 172, 173, 181, 182, 183 E 184. Em anexo. (Referente a 7920 sacos)*”.

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-me irrelevante tal discussão, porém entendo essencial, pois em se tratando de 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, conseqüentemente, com segurança, à legitimidade do sujeito passivo, tão questionada pelo recorrente.

Devo ressaltar que nos documentos fiscais apreendidos, objeto desta ação fiscal, não constam 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 de parte 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 do Estado da Bahia 7.920 sacos de soja com documentos falsos...*”. Ressalto, inclusive, que a conjugação do verbo encontra-se no passado, como fato pretérito e não no gerúndio, como fato presente naquele momento.

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 ínsita 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 transcrito 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.

Devo ressaltar que o único Termo existente nos autos diz respeito ao Termo de Apreensão de Documentos (fl. 56), relativo a cinco talões retidos para verificação, emitido em 20/12/2004, após a lavratura do Auto de Infração, o qual não substitui a ausência dos Termos legalmente previstos.

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, a 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 **08880565/04**, lavrado contra **JOSÉ ALBERTO LAUCK (FAZENDA PALOTINA I E II)**, devendo a autoridade competente instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS