

PROCESSO - A. I. N° 897601580/07
RECORRENTE - JOSÉ ALBERTO LAUCK
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF n° 0037-02/09)
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 15/12/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0347-11/09

EMENTA: ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. MERCADORIAS ACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FALSO. NULIDADE. O Auto de Infração de trânsito, para ser válido, tem de estar devidamente instruído com o termo de apreensão de mercadorias, que é a prova da materialidade do ilícito tributário, por expressa previsão legislativa. A sua ausência, portanto, acarreta a nulidade da autuação. Preliminar acolhida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0037-02/09), que julgou Procedente o presente Auto de Infração, que traz a exigência de ICMS no valor de R\$29.206,80, além da multa de 100%, em virtude da realização de operação de venda de 7920 sacas de soja, utilizando documentos falsos para retirar a mercadoria no Estado da Bahia.

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, esclareceu tratar-se de novo procedimento fiscal, tendo em vista que o Auto de Infração lavrado originalmente, de número 08880565/04, foi julgado nulo, visto carecer do Termo de Apreensão de Documentos e Mercadorias, conforme Acórdão n° 044-11/06, fls. 05/08.

Os julgadores entenderam que o novo procedimento fiscal *“cura o vício concernente à inexistência do Termo de Início de Fiscalização, resultante da falta do Termo de Apreensão, conforme Termo de Início de Fiscalização, lavrado à fl. 04 dos autos. Verifico que o sujeito passivo foi identificado com a assinatura do mesmo no Auto de Infração”*.

A Junta aduziu, ainda, que a materialidade que o aludido Termo de Apreensão ofertaria à imputação é devidamente suprida com as cópias das notas fiscais sem o pagamento devido, que consta do termo de fiel depositário, expedido pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz Fernando Alves Marinho, determinando que parte da mercadoria ficasse depositada na empresa Bunge Alimentos S.A., como garantia do pagamento do imposto, conforme consta às fls. 18 dos autos originais, pois assim assegura o autuante em sua informação fiscal.

Nesses termos, julgou Procedente a autuação.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 53/66, suscitando preliminar de nulidade do acórdão de primeiro grau administrativo, por vício de fundamentação e cerceamento de defesa.

Nesse tópico, o contribuinte assevera que o acórdão impugnado utiliza como fundamento para a procedência da autuação documentação não constante dos autos (cópias dos documentos fiscais e termo de fiel depositário), admitindo como prova da materialidade da infração em virtude de ter sido atestada pelo auditor fiscal, o que, no seu entendimento, vulnera a exigência de motivação das decisões administrativas e, ainda, representa violação ao contraditório e à ampla defesa.

Argui, também, a nulidade do Auto de Infração, por dois fundamentos, a saber:

- I. Ausência do Termo de Apreensão. Embora se trate de autuação efetivada no trânsito das mercadorias, não foi lavrado o necessário termo de apreensão, que é a prova da materialidade do ilícito tributário. Sustenta que tal vício é insanável, pois não é mais possível renovar a ação fiscal de trânsito com o refazimento do termo de apreensão de mercadorias quase três anos após a operação ter sido flagrada pelo auditor fiscal.

Diz que o RPAF estabelece as hipóteses em que se dispensa o termo de início de fiscalização e o termo de apreensão de mercadorias, não sendo dispensável este último quando se trata de autuação de trânsito que verifique infração.

Assevera que, sem o Termo de Apreensão, o Auto de Infração de trânsito ora renovado continua com ausência de elemento essencial, indispensável para constituir a materialidade da infração imputada, *“dado às suas peculiaridades, que imputa a infração de retirada de mercadorias irregularmente do Estado da Bahia, não podendo tal omissão ser substituída por Termo de Início de Fiscalização e Termo de Encerramento de Fiscalização em novo Auto de Infração aplicável normalmente para fiscalizações em estabelecimentos com prazos de início e fim”*.

Sustenta não haver dúvidas de que a presente autuação é de trânsito, por ter sido lavrado pela Inspetoria de Fiscalização de Mercadoria em Trânsito – IFMT-SUL, estando materializado no modelo de Auto de Infração nº 02 – Trânsito; os autuantes, de seu turno, estavam no Plantão do Posto Fiscal do Rosário naquela oportunidade, sendo mantida a necessidade de Termo de Apreensão de Mercadoria como requisito de validade da ação fiscal.

- II. Illegitimidade passiva. Assevera que as notas fiscais identificadas pelos autuantes não foram escrituradas ou lançadas pelo sujeito passivo, simplesmente porque não foram por ele emitidas por não se referirem a qualquer operação por ele realizada, pois tais notas fiscais são falsificadas ou comumente denominadas clonadas das verdadeiras ainda sem emissão pelo autuado, cujos talonário encontrava-se na posse da Secretaria da Fazenda conforme documento acostado à defesa.

Diz que documento fiscal inidôneo não se confunde com documento falso, daí porque a descrição dos dispositivos infringidos não se coaduna com a descrição da infração, até porque os documentos fiscais em questão atendem a todos os requisitos exigidos pela legislação, não contendo declaração inexata, ilegalidade, rasura ou emenda, podendo até ser aplicado o parágrafo único, do art. 209, do RICMS/BA.

Esclarece que a constatação da fraude levou o autuado a formalizar uma ocorrência policial, comunicando a clonagem de suas notas fiscais à Secretaria da Fazenda, conforme comprova a documentação que diz estar acostada aos autos.

Além disso, diz que a verificação da ocorrência está necessariamente dependente da verificação da autoria das falsificações das notas fiscais e DAE's. *“Se o autuado efetivou uma queixa policial e informou a Secretaria da Fazenda a ocorrência de clonagens de seus talonários fiscais, já tendo sido inaugurado procedimento para verificação do crime tributário, não se pode exigir do autuado o pagamento do imposto referente às notas fiscais clonadas. Há, neste contexto, exigência de imposto sobre operações que não possuem sujeito passivo seguramente identificado”*.

No mérito, aduz que as operações descritas pelo autuante foram acobertadas por notas fiscais clonadas das notas verdadeiras do autuado. Diz que vários contribuintes estão sendo vítimas dessas práticas e que não se lhes pode exigir a *“perversa e injusta prova negativa”*. Reitera o argumento de que não há prova da materialidade da infração e pugna, ao final, pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 72/73, da lavra da nobre procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pela decretação da Nulidade do Auto de Infração, ao argumento de que, conquanto

a Junta de Julgamento Fiscal tenha consignado que o Termo de Apreensão de Mercadorias foi substituído pela Decisão judicial que determina a guarda da mercadoria em favor da empresa Bunge Alimentos e pelas cópias das notas fiscais sem o pagamento devido, não constam dos autos os referidos documentos.

Salienta que o roteiro de fiscalização adotado, assim como o modelo do Auto de Infração, não se coadunam com os elementos constantes dos autos, já que o Auto de Infração de trânsito impõe a materialização da infração através de Apreensão e que os Termos de Início e de Encerramento de fiscalização são papéis típicos da fiscalização de estabelecimentos.

No Parecer de fls. 74, a douta procuradora Sylvia Amoêdo discorda do opinativo anterior e sugere a realização de diligência à Inspetoria de Origem para que sejam anexadas aos autos as peças que formavam o Auto de Infração anterior, julgado nulo.

Incluído o processo em pauta suplementar, esta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal deliberou por indeferir a diligência solicitada, tendo em vista que o acórdão que decretou a nulidade do Auto de Infração anterior faz expressa referência aos elementos constantes daquele feito e cuja ausência se repete neste processo (fls. 77).

Em novo Parecer (fls. 78), a douta procuradora Sylvia Amoêdo retificou o seu entendimento anterior e concordou com o opinativo que propõe a Nulidade da autuação pela inexistência de elementos necessários à sua perfeição.

VOTO

A preliminar de nulidade da Decisão administrativa de primeiro grau é dotada de consistência jurídica, pois, de fato, os membros da Junta de Julgamento Fiscal, para concluírem pela procedência da autuação, invocaram prova documental que não consta do *in folio* (Decisão judicial conferindo o depósito da mercadoria a terceiro – Bunge Alimentos – e cópias dos documentos fiscais falsificados), tomando como verdade a afirmação contida na informação fiscal acerca da existência de tais elementos.

É inegável que a fundamentação utilizada pela Junta de Julgamento Fiscal, ao se reportar a documentos que não estão no processo, implicou cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, pois ficou impedido de sobre eles se manifestar e, mais, de tentar influenciar o entendimento do Órgão julgador, que é a característica mais marcante das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Entendo, contudo, que esse cerceamento de defesa é apenas a consequência de um outro vício, pretérito e já apontado pelo nobre Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, desta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, quando declarou de ofício a nulidade do Auto de Infração do qual derivou o procedimento ora analisado (fls. 05/08).

O presente Auto de Infração, decorrente da renovação de procedimento fiscal anterior, foi resultado de uma fiscalização de trânsito, tendo o autuante, na oportunidade, constatado que o sujeito passivo vendeu 7920 sacas de soja, utilizando documentos falsos para retirar a mercadoria do Estado da Bahia.

Tratando-se de um Auto de Infração de trânsito, caberia à autoridade competente lavrar ou determinar a lavratura do respectivo termo de apreensão das mercadorias objeto da autuação, sendo que esse documento, como “*prova material da infração*”, deve necessariamente instruir o Auto de Infração, consoante dispõe o art. 28, IV e §4º, do RPAF:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua

liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

(...)

§ 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, que poderão ser substituídas por reprodução do exato teor do termo em folha à parte, pela autoridade fiscalizadora, devendo neste caso ser indicada a página do livro em que foi lavrado o termo original;

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido”.

No caso em comento, além de o Termo de Apreensão servir como prova da materialidade da infração, serviria para identificar o verdadeiro autor da fraude, como salientou o Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, no Acórdão CJF n° 0424-11/06, visto que certamente o transportador, como responsável solidário pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, nos termos do art. 39, inciso I, alínea “d” do RICMS, levaria facilmente à investigação sobre os autores da falsificação e, consequentemente, com segurança, à legitimidade do sujeito passivo, tão questionada pelo recorrente.

Cumpre registrar que, consoante ficou consignado naquele voto, das notas fiscais apreendidos na fiscalização não há indicação do transportador, daí porque a sua juntada aos autos não seria útil para sanar os vícios de que padece esta autuação, sobretudo porque a falta do Termo de Apreensão lhe é, a um só tempo, anterior e prejudicial.

Ante o exposto, acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente e DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para julgar NULO o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 0897601580/07, lavrado contra **JOSÉ ALBERTO LAUCK**.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS