

A. I. N° - 000.897.602-3
AUTUADO - JOSÉ ALBERTO LAUCK
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO MACHADO BRANDÃO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 28.04.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0090-04/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. RENOVAÇÃO DE PROCEDIMENTO FISCAL. OPERAÇÕES REALIZADAS COM NOTAS FISCAIS FALSAS. Na saída de mercadoria do estabelecimento de contribuinte 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. O art. 28 do RPAF/99 não estabelece como condição de validade para o Auto de Infração cujo modelo é de trânsito a lavratura tão somente do Termo de Apreensão, sendo que, no presente caso, demonstram a autoria e a materialidade os termos de início e de encerramento de fiscalização; o contrato de compra e venda das mercadorias em questão; a entrega, por parte do contribuinte, de seus talonários de notas fiscais a corretor e os documentos fiscais juntados. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado no dia 04/10/2007, exige ICMS no valor de R\$ 11.217,90, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “g” da Lei nº 7.014/96, em função de ter sido constatada venda de 3.065 sacas de soja, retiradas do Estado da Bahia com documentação falsa, conforme provas anexadas.

Constam dos autos: Termo de Início de Fiscalização (fl. 04), Termo de Encerramento de Fiscalização (fl. 05) e Acórdão CJF 0271-11/06 (fls. 06 a 09).

Na impugnação apensada às fls. 12 a 24, argumenta o autuado que o procedimento fiscal sob julgamento é a renovação do Auto de Infração número 000.896.887-0/04, cujo acórdão CJF 0271-11/06 declarou nulo, em virtude de vícios procedimentais, principalmente da inexistência de termo de apreensão e termo de encerramento de fiscalização. Entende que, mesmo renovado o procedimento, o vício continua imutável, em função da falta do competente termo de apreensão de mercadorias para demonstrar a materialidade da infração imputada.

Com fundamento nos artigos 26, 28 e 29 do RPAF/99, que transcreve, diz que a lavratura de termo de início de fiscalização – três anos após os fatos – não comprova a materialidade da infração verificada no trânsito de mercadorias, pois o termo de apreensão é condição “SINE QUA NON” para a validade da autuação e não pode ser substituído por outro documento. Frisa que o art. 29 do RPAF/99 estabelece as únicas exceções em que se dispensa a lavratura do mencionado documento, quando se trata de autuação de trânsito em que se verifique infração. Na sua aceção, é impossível demonstrar a materialidade da infração de trânsito sem o termo de apreensão de mercadorias, pois no mesmo devem constar todas as informações pertinentes, o qual deve instruir

o auto de infração a ser lavrado, nos termos do art. 940, parágrafo 1º do RICMS/BA. Cita o voto do relator do acórdão CJF 0271-11/06, que julgou nulo o auto de infração anterior.

O fato de as notas fiscais identificadas pelos autuantes não constarem da escrituração e não terem sido por si emitidas, segundo argumenta, também enseja nulidade, uma vez que tais documentos são falsificados e que as notas fiscais verdadeiras encontram-se em posse da SEFAZ. Não aceita a indicação dos autuantes de inidoneidade de documento fiscal, já que para ser inidôneo é preciso ser verdadeiro, e a inidoneidade não se confunde com falsidade. Toma por fundamento o art. 18, IV, “a” e “b” do RPAF/99 para mais uma vez requerer a nulidade do lançamento.

A constatação da falsificação de documentos acima mencionada levou o autuado, conforme aduz, a formalizar ocorrência policial, comunicando as “clonagens” de suas notas fiscais, inclusive à Secretaria da Fazenda da Bahia. Acrescentou que a Delegacia Especial de Combate a Crimes Fiscais, em conjunto com a Secretaria da Fazenda Estadual, está procedendo investigação para identificar os autores dos delitos, situação que externa a indefinição da autoria e a impossibilidade, pelo menos enquanto se procede à investigação, de se lavrar auto de infração, pois não identificado o infrator.

Além de nula, entende que a autuação fiscal é improcedente, pois as operações identificadas pelos autuantes não foram realizadas pelo autuado, que não teria nada a ganhar com estas, e ninguém deve responder por atos de terceiros. Diz não existir prova da materialidade e da autoria da infração, pois, em se tratando de auto de infração de trânsito de mercadorias, é imprescindível a lavratura do termo de apreensão das mesmas. Finaliza requerendo a nulidade ou a improcedência da autuação.

Na informação fiscal de fl. 27, os autuantes alegam que o presente auto de infração sana a falha daquele de número 897.603-3, pela falta, neste último, de termo de apreensão ou termo de início de fiscalização, em atendimento ao Acórdão CJF 0271-11/06, sendo que agora foram lavrados termos de início e de encerramento de fiscalização, nos termos do art. 28 do RPAF/99. Dizem que a materialidade da infração ficou demonstrada no processo anterior, através de cópias das notas fiscais sem o pagamento do imposto (fls. 31 a 36); contrato de compra e venda da mercadoria em questão, que comprova o negócio jurídico (fls. 37 e 38); processo judicial número 595.841-4/2004 e entrega, por parte do contribuinte, de seus talonários de notas fiscais a corretor, fato confessado à fl. 39. Concluem solicitando a manutenção do auto de infração.

À fl. 29 a Coordenação de Administração do CONSEF encaminhou o PAF à Infaz de origem, para juntar a documentação referida na descrição fática da infração (cópias de notas fiscais que faziam parte do processo anterior), o que foi feito às fls. 30 a 39. Às fls. 41 e 42 o contribuinte foi cientificado dessa juntada e sobre ela se manifestou às fls. 44 a 55.

Fez um breve relato da autuação anterior e transcreveu parte do Acórdão CJF 0271-11/06, após o que passou a defender a nulidade do procedimento fiscal, pelo motivo de que, tendo sido constatada a infração em trânsito de mercadorias, para dar materialidade ao fato gerador, seria necessária a lavratura de um novo termo de apreensão, o que não ocorreu. Citando os arts. 18 e 26 do RPAF/99, frisa que não se trata de auto de infração originado de fiscalização em estabelecimento, e que não ocorreu quaisquer das hipóteses previstas no art. 29, I do RPAF/99, que autorizam a não lavratura do termo de apreensão. Diz que o termo de início de fiscalização de fl. 04 não é pertinente, por não obedecer aos ditames do art. 28 do RPAF/BA. Repete que a autuação também é nula pelo fato de as notas fiscais não terem sido emitidas pela empresa, tratando-se de situação em que as mesmas são “clones” das verdadeiras, ainda sem emissão, cujo talonário encontra-se em posse da SEFAZ/BA.

Além da nulidade, argumenta a improcedência da autuação, pois as operações descritas não foram realizadas, e ninguém deve responder por atos de terceiros. Finaliza reiterando o pedido de nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza hialina a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos e documentos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial àqueles referentes ao processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa da situação fática e correspondente infração imputados.

Conforme estabelece o art. 28, do RPAF/99, 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, Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio do contribuinte; Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização; Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal; 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; Auto de Infração ou Notificação Fiscal, para exigência do crédito tributário, atendidas as disposições pertinentes deste Regulamento e Termo de Encerramento de Fiscalização, destinado a documentar o encerramento do procedimento fiscal.

O fato de o Auto de Infração ter sido lavrado sob o modelo “de trânsito de mercadorias” em nada atinge qualquer direito do autuado, muito menos o do contraditório ou da ampla defesa, de vez que os termos de início e encerramento de fiscalização estão acostados às fls. 04 e 05, bem como os documentos fiscais que demonstram a materialidade da infração às fls. 30 a 39 (cópias de notas fiscais que faziam parte do processo anterior), tendo sido concedido prazo ao contribuinte para que se manifestasse sobre os mesmos, o que fez às fls. 44 a 55.

A apreensão é apenas um procedimento legal previsto para constituição da prova material do fato. Entendo que o art. 28 do RPAF/99 não estabelece como condição de validade para o auto de infração “modelo trânsito” a lavratura tão somente do respectivo termo de apreensão.

Os termos de início e encerramento de fiscalização se prestam a dar conhecimento ao contribuinte da ação fiscal.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em função de ter sido constatada venda de 3.065 sacas de soja, retiradas do Estado da Bahia com documentação falsa.

O contribuinte aduz a improcedência da autuação, pois as operações descritas não teriam sido por ele realizadas, mas por fraudadores, que teriam “clonado” suas notas fiscais, não sendo cabível que responda por atos de terceiros.

Constato que o autuado é de fato o sujeito passivo da obrigação principal, pois tem relação pessoal e direta com o fato gerador da obrigação tributária – nos termos do art. 121 do CTN c/c o art. 5º da Lei nº 7.014/96 – sendo, por conseguinte, denominado contribuinte, já que realiza com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias. Ressalto que a responsabilidade por infrações à legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato,

conforme o art. 136 do CTN.

O procedimento sob julgamento é a renovação do procedimento fiscal que ensejou a lavratura do Auto de Infração de número 000.896.887-0/04, cujo Acórdão CJF 0271-11/06 o declarou nulo, em virtude de não terem sido juntados termo de apreensão ou termo de encerramento de fiscalização e determinou que fossem sanadas as falhas, através da renovação da ação fiscal.

Na saída de mercadoria do estabelecimento de contribuinte deve ser emitida a nota fiscal correspondente para documentar a realização da operação. Da análise dos elementos constantes dos autos, em especial do contrato de compra e venda das mercadorias, que entendo comprovar o negócio jurídico, pois o autuado figura como vendedor (fls. 37 e 38); da entrega, por parte do contribuinte, de seus talonários de notas fiscais a corretor, fato confessado à fl. 39 e dos documentos fiscais juntados às fls. 30 a 39, onde o sujeito passivo também figura como remetente das mercadorias, concluo que ocorreram os fatos geradores objeto do presente lançamento fiscal.

O princípio da verdade material não pode perecer diante de uma interpretação equivocada da norma processual (art. 28 do RPAF/99). Uma vez constatada a autoria e a materialidade do fato gerador da obrigação tributária, é pertinente o seu respectivo lançamento, tendo-se em vista o cumprimento da lei e a realização da justiça fiscal. Se o Fisco consegue comprovar através de outros elementos de que disponha que a operação de fato ocorreu, não se pode fechar os olhos à realidade que se materializa e rigidamente se apegar a uma interpretação equivocada, com um rigor que não se coaduna com o fim a que se destina qualquer provimento jurisdicional (ainda que no âmbito do contencioso administrativo). Caracterizada a infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **000.897.602-3**, lavrado contra **JOSÉ ALBERTO LAUCK**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 11.217,90**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “g” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR