

A. I. N ° - 191175.0504/12-7
AUTUADO - NELSON LUIZ ROSO
AUTUANTE - VANGERLINO DE QUEIROZ MONTEIRO
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 04.04.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0045-02/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR, COM SEGURANÇA, A INFRAÇÃO. É nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 05/05/2012, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$14.420,38 mais a multa de 100%, sob acusação de “utilização de Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal”, conforme Termo de Ocorrência Fiscal e documentos às fls. 06 a 40.

Consta na descrição dos fatos: *O Documento Fiscal nº 275 de 19/04/2012 foi considerado inidôneo nos termos da Lei nº 7014, Art. 47, Inciso II, alínea "a", uma vez que as mercadorias (algodão em pluma) a que esse documento se refere não saíram fisicamente do estabelecimento do emitente do documento, conforme consta do ROMANEIO que as descreve (doc. anexo). Conforme consta também do Regulamento da VENDA DE CONTRATOS DE OPÇÃO DE VENDA DE PRODUTOS AGROPECUARIOS Nº 001/97 do MINISTÉRIO DA AGRICULTURA E DO ABASTECIMENTO - MA, da COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO .. CONAB e da DIRETORIA DE ABASTECIMENTO .. DIRAB, em seu item 16.1 tratando-se de algodão em pluma, deverá, também, o titular da opção, apresentar o Romaneio de Algodão em Pluma (RAP) emitido pelo armazém depositário Temos que as mercadorias deram saída efetivamente do endereço que consta no Romaneio. Portanto, o documento fiscal que acompanharia as mercadorias deveria ter como emitente o estabelecimento que consta do ROMANEIO. O presente Termo de Apreensão foi lavrado como prova do ilícito fiscal, conforme RICMS/BA. Esclareço que o Sr. Nelson Luiz Roso, proprietário das mercadorias (algodão em pluma), foi nomeado Fiel Depositário, representado, neste ato, por seu procurador João Paulo de Souza Santos, inscrito na OAB/SP sob o nº 180852, doc, incluso, fazendo parte integrante deste Termo, e Auto de Entrega e Depósito lavrado pelas Oficiais de Justiça (doc. anexo).*

O autuado, por seu representante legal, apresentou impugnação às fls. 43 a 59, tendo esclarecido que tem como principal atividade a exploração de produção rural e vendas de seus produtos, e que na execução de suas atividades, é detentor de produção de algodão em propriedades situadas no Estado de Tocantins e no Estado da Bahia, e firmou contrato de venda de algodão em pluma (algodão colhido com pré-beneficiamento/descaroçado) oriundo de sua produção no Estado do Tocantins, para comprador estabelecido no município de São Paulo/SP.

Diz que para a entrega das mercadorias, por questão logística, as mercadorias foram transportadas pelas Rodovias do Estado da Bahia, razão pela qual, mesmo após ingressar fisicamente no Estado da Bahia, passando, obrigatoriamente, pelo Posto Fiscal de Divisa com o Tocantins, conforme comprovado pelos carimbos acostados na Nota Fiscal de venda emitida, tais mercadorias restaram, arbitrariamente, impedidas de seguir viagem conforme procedimento de fiscalização, no Posto fiscal de divisa entre Bahia e Goiás, localizado na Rodovia BR 020 Povoado do Rosário, S/N, Zona Rural, município de Correntina-BA.

Aduz que impedida de prosseguir viagem desde 21 de abril de 2012, sem que lhe fosse apresentado qualquer documento por parte da fiscalização e mesmo após ter-lhe encaminhado

cópias de todos os documentos, comprobatórios da regularidade da operação, conforme melhor se demonstrará adiante, o autuado e a empresa Transportadora das mercadorias, viram-se obrigados a ingressar com medidas judiciais cabíveis, sendo que, em Mandado de Segurança para a liberação das mercadorias impetrado pela transportadora, documentos fiscais e documentos do veículo, foi proferida ordem liminar, cumprida na madrugada, entre os dias 04 e 05 de maio de 2012. Não obstante, foi surpreendido com a lavratura do Auto de Infração em epígrafe, através do qual lhe é exigido o valor de ICMS supostamente devido ao Estado da Bahia, somado, ainda, a multa de 100%, por supostas irregularidades na venda de algodão em pluma comercializado por meio da Fazenda Roso, situada no Estado do Tocantins, na Viscinal – Placa/Dianópolis S/Nº, Novo Jardim.

Frisa que nos termos do Relatório Fiscal, a referida exação, supostamente devida, presume o autuado teria afrontado as normas apontadas, conforme descrição dos fatos, afirmando que *“O Documento Fiscal nº 275 de 19/04/2012 foi considerado inidôneo nos termos da Lei 7014, Art. 47, Inciso II, Alínea ‘a’, uma vez que as mercadorias (algodão em pluma) a que esse documento se refere não saíram fisicamente do estabelecimento do emitente do documento...”*. Por sua vez, na fundamentação do Lançamento ora guerreado, limita-se a trazer, apenas, o seguinte: *“Utilização de Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal”*

Salienta que o respaldo legal da autuação faz rasa menção ao enquadramento legal que entende aplicável ao caso, esquivando-se de transcrever, efetiva e detalhadamente os fatos que teriam o condão de subsumir-se às respectivas normas.

Frisa que em documento anexo à autuação, o autuante justificou sua presunção da seguinte forma:

***“O Documento Fiscal nº 275 de 19/04/2012 foi considerado inidôneo nos termos da Lei 7014, Art. 47, Inciso II, Alínea ‘a’, uma vez que as mercadorias (algodão em pluma) a que esse documento se refere não saíram fisicamente do estabelecimento do emitente do documento conforme consta do ROMANEIO que as descreve (doc. anexo). Conforme consta também do Regulamento de VENDA DE CONTRATOS DE OPÇÃO DE VENDA DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS Nº 001/97 do MINISTÉRIO DA AGRICULTURA E ABASTECIMENTO – MA, da COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB, e da DIRETORIA DE ABASTECIMENTO – DIRAB, em seu item 16.1... ‘tratando-se de algodão em pluma, deverá, também, o titular da opção, apresentar o ROMANEIO do algodão em Pluma (RAP) emitido pelo armazém depositário...’. Temos que as mercadorias deram saída efetivamente do endereço que consta no ROMANEIO. O presente Termo de Apreensão foi lavrado como prova de ilícito fiscal, conforme RCMS/BA. Esclareço que o Sr. Nelson Luiz Roso, proprietário das mercadorias (algodão em pluma), foi nomeado Fiel Depositário, representado, neste ato, por seu procurador João Paulo Souza de Santos, inscrito na OAB/SP sob o nº 180852, documento incluso, fazendo parte integrante deste Termo e Auto de Entrega e Depósito lavrado pelas Oficiais de Justiça (doc. anexo)’* Grifou.**

Observa que é patente o vício de nulidade do Auto, cuja descrição de fatos revela-se cópia de outro instrumento que não o Auto de Infração em tela, fundamentando-se em normas inexistentes, bem como em regulamentos estranhos à matéria tributária incidente ao caso, inaptos a fornecer sustentação ao lançamento pretendido.

Acrescenta que não obstante, verifica-se que o autuante, presume que as mercadorias teriam origem diversa daquela descrita na Nota Fiscal (repita-se, detentora de carimbo oficial do Posto Fiscal de divisa entre os Estados do Tocantins e Bahia), pelo simples fato de haver documento não fiscal (Romaneio) apresentando cabeçalho de estabelecimento de prestação de serviço de beneficiamento (descaroçamento) e não o do estabelecimento emissor do documento fiscal de venda.

Destaca que a fiscalização despreza documento fiscal regular, carimbo oficial, deixa de proceder com eventual ofício ao Posto Fiscal detentor de tal carimbo e lastreia sua presunção pelo simples fato de haver Romaneio emitido por estabelecimento que prestou o serviço de beneficiamento do algodão produzido pelo Defendente. Contudo, apesar das considerações expostas pelo agente autuante, cumpre salientar que, conforme demonstram os documentos apreendidos durante o procedimento fiscal e demais documentos anexos, embora as mercadorias tenham sido beneficiadas (desencaroçadas) por estabelecimento localizado no Estado da Bahia, estas foram produzidas no Estado do Tocantins, sendo vendidas por meio de estabelecimento lá situado, local físico, também, de onde saíram para aperfeiçoar a venda realizada para destinatário localizado no Estado de São Paulo/SP.

Entende ser evidente que se trata de operação de venda de mercadorias comercializadas entre estabelecimento produtor e empresa, ambos localizados fora do Estado da Bahia e, por conseguinte, indevida qualquer pretensão de constituir-se tributo em favor do Estado Baiano.

Ressalta que, conforme doc.s anexos, o estabelecimento produtor rural localizado no Tocantins remeteu algodão colhido para serviço de beneficiamento em estabelecimento na Bahia, sendo que, após os serviços de beneficiamento, foram remetidos/devolvidos ao Estado de origem (fazenda localizada no Estado do Tocantins, o qual procedeu com a venda das mercadorias já pré-beneficiadas (algodão em pluma) para cooperativa sediada em São Paulo, denominada COOPERNORPI – Cooperativa Agrícola do Norte Pioneiro, estabelecida na Rua Acuti, 435 – Cidade Dutra, São Paulo/SP. Assim, resume as seguintes operações:

1ª – Remessa de produto rural bruto (capulho) por estabelecimento produtor rural do Tocantins para beneficiamento por estabelecimento localizado na Bahia;

2ª – Devolução de produto pré-beneficiado (algodão em Pluma) por remessa procedido por estabelecimento localizado no Estado da Bahia para o estabelecimento produtor, tomador do serviço, localizado no Tocantins; e

3ª - Venda realizada pelo estabelecimento produtor, localizado no Tocantins, para empresa COOPERNORPI – Cooperativa Agrícola do Norte Pioneiro, estabelecida na Rua Acuti, 435 – Cidade Dutra, São Paulo/SP, entrega realizada a partir da sede da empresa no Tocantins – Operação Autuada.

Sustenta que é possível verificar o equívoco constante da presunção realizada pelo agente fiscal, eis que, a mercadoria, após efetivamente entregue na sede do estabelecimento do produtor no Estado do Tocantins, não poderia ter saído de outro local, senão do endereço devidamente constado na nota Fiscal de Venda, cuja passagem pelo Posto Fiscal de Divisa entre o Estado do Tocantins e Bahia (saída de Tocantins e ingresso para passagem pelo Estado da Bahia, sentido São Paulo), resta comprovada por carimbo oficial do fisco Tocantinense.

Pede vênias para, respeitosamente, aduzir que a autuação permanece carente de fundamentação jurídica capaz de lhe dar arrimo, quedando-se viciada formal e materialmente, conforme restará amplamente demonstrado na sequência.

Como preliminar de mérito, alega vícios formais ao Auto de Infração, por ausência de comprovação fática e jurídica das supostas infrações, frisa ser impossível o uso desmedido de presunções.

Destaca que após leitura do suposto motivo fático ensejador, das justificativas e fundamentos legais utilizados para embasar a lavratura do Auto de Infração Impugnado, verifica-se que o Agente Fiscal valeu-se de mera presunção, obtendo de forma indireta, a suposta ocorrência de infração pelo fato de ter encontrado Romaneio do algodão em pluma elaborado por estabelecimento Bahiano, prestador do serviço de pré-beneficiamento do capulho para algodão em pluma, exigindo o adimplemento de supostos débitos e faltas, fazendo, exclusivamente, o uso do instituto da presunção. Desta feita, resta evidente que a presente autuação não merece prosperar, na medida em que o autuante não comprovou a existência dos requisitos necessários à

constatação do pretense débito lançado, utilizando-se, indevidamente, de presunção para justificar a lavratura do presente Auto de Infração impugnado.

Assevera que tal fato resta evidente após a singela análise do documento fiscal que acompanhava a mercadoria transportada, detentor de carimbo oficial aposto por Autoridade de Transito estabelecida no Estado do Tocantins, local de origem a operação objeto do Auto de Infração.

Lembra que, ainda que restasse qualquer dúvida acerca da legalidade e idoneidade do carimbo de posto de fronteira com Estado do Tocantins, bastava oficial àquele órgão, ligar ou solicitar comunicação por qualquer meio junto à autoridade do Estado vizinho, o que, *per se*, seria suficiente para comprovar o trânsito da carga, iniciado no Estado do Tocantins, passando pelo Estado da Bahia, com destino ao Estado de São Paulo.

Reitera que o uso desmedido e injustificado de aferição indireta por presunção não pode servir para justificar a autuação por atos supostamente indevidos, devendo-se respeitar as hipóteses para sua utilização, sob pena de afrontar, flagrantemente, o devido processo legal, os direitos dos particulares, e os requisitos dos atos administrativos, como no presente caso, citando doutrina sobre o tema.

Frisa que a manutenção da lavratura do auto, nos termos e justificativas utilizados, impõe ao Defendente o ônus de produzir o que o doutrinador chama de “*prova diabólica*”, devendo, esta, provar sua inocência e a improcedência dos débitos lançados.

Argumenta que, sob tal fundamento, inverte-se o ônus da prova, bastando ao agente fiscal alegar o que bem entender e presumir e, para o contribuinte, resta o dever de provar que tais alegações e presunções não procedem, provar não ser responsável pelos atos que lhe forem imputados, ou seja, provar sua inocência, o que não se admite no nosso atual ordenamento jurídico e constitui afronta ao princípio da moralidade e outras garantias constitucionais do autuado, além de infração à norma inserta no art. 2º do Regulamento do Procedimento Fiscal – RPAF. Desse modo, o procedimento de presunção, da forma como utilizado, torna nulo o ato administrativo de lançamento, eis que, ausente sua motivação fática em decorrência de falha formal que deixa de apontar quais atos, exatamente, afrontam os dispositivos legais apontados, vale-se de procedimento alheio ao princípio da moralidade, pressupondo a culpa do Defendente, passando longe do princípio constitucional de presunção de inocência e da estrita legalidade dos atos e procedimentos administrativos.

Ainda como preliminar, alega ausência de motivação fática e jurídica do Auto de Infração, argüindo nulidade por afronta aos princípios da legalidade e moralidade e ausência dos requisitos formais do Auto de Infração.

Reitera que o autuante deixou de apresentar documentos aptos a dar sustentação ao lançamento do crédito tributário por meio do Auto de Infração ora impugnado, omitindo, deste modo, as informações necessárias para a efetiva constatação da adequação e pertinência dos elementos utilizados. Não obstante, verifica-se ainda que o referido Auto de Infração limitou-se, apenas, a indicar suas suposições e lança fundamentação de forma genérica, sem demonstrar, efetivamente, a ocorrência dos fatos concretos que teriam ensejado tais conclusões e quais os fatos, provas e indícios em que suficientes a basear seu convencimento, o que revela, mais uma vez, a nulidade do ato administrativo ora impugnado.

Ressalta que o autuante deixou de apresentar os eventos que efetivamente demonstrariam a ocorrência da hipótese da norma supostamente afrontada, eis que em momento algum a demonstrou que o carimbo do Posto Fiscal de Transito do fisco Tocantinense não mereceria fé, tampouco, qualquer elemento de prova contundente que pudesse invalidar o documento fiscal que acompanhava a mercadoria. Pelo contrário, se negou a aprofundar-se na questão, quedando-se de seu poder-dever de investigar a fundo suas suspeitas, ocasião na qual, acaso houvesse procedido diligentemente, teria verificado a regularidade da operação e abstendo-se de proceder com o malfadado Auto de Infração em tela.

Destaca que o Auto de Infração impugnado limitou-se a apenas se embasar em documento não fiscal, copiar descrição fática de outros documentos que não o Auto de Infração em tela e citar, genericamente, as normas que teriam sido afrontadas. Com efeito, o procedimento adotado afronta aos requisitos impostos pelas normas que regulam os atos e procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, e, por conseguinte, acarreta flagrante lesão aos princípios da Legalidade e da Moralidade insculpidos no Artigo 37 da Constituição Federal, o qual transcreveu juntamente como art. 2º do Regulamento do Procedimento Fiscal – RPAF, e doutrina sobre o tema.

Ressalta o quanto preconizado nos artigos 39 e 41 do RPAF, quais, corretamente, repisam o quanto alegado pela defesa, impondo o reconhecimento de nulidade do Auto de Infração impugnado.

Salienta que ao deixar de trazer quaisquer documentos e indícios que permitam constatar, com segurança o fato arguido, o Auto de Infração já nasceu morto, jamais foi apto a constituir o pretenso crédito tributário, eis que nulo, conforme preconiza o artigo 18 do RPAF/BA, Decreto nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, do Estado da Bahia, a seguir:

‘Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas;

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

b) em que se configure ilegitimidade passiva.’ Grifou.

Nesse sentido, transcreve jurisprudência desse órgão administrativo Resolução nº 1.162/98, 2.163/98, e de tribunais superiores.

Sustenta que ao denotar a flagrante e insanável precariedade do Auto de Infração em tela, carente de motivação hábil a lhe dar arrimo, afrontou-se, também, aos princípios da legalidade e moralidade, eis que, editado em desamparo às normas que apresentam os requisitos inexoráveis à validade do ato administrativo. Assim, ao simplesmente realizar citação genérica das normas supostamente afrontadas, valendo-se de cópia de descrição acostada em outro documento não apresentado ao Defendente junto ao referido Auto de Infração e apresentando indicação de subsunção de fato à norma inexistente, resta ausente a descrição e comprovação dos fatos que teriam embasado o Ato Administrativo impugnado.

Conclui que, desta feita, impõe-se o pronto reconhecimento da nulidade do respectivo ato por flagrante desrespeito aos requisitos que lhe foram impostos no RPAF e pelo Artigo 37 da Constituição Federal, no que concerne aos princípios informadores da atuação da Administração Pública Federal e, por consequência, afrontando os princípios constitucionais tributários da legalidade e moralidade e o sobre princípio da segurança jurídica, restando nulo de pleno direito.

Afirma que não há motivação fática capaz de dar sustentáculo ao Auto de Infração impugnado, restando aos Ínclitos julgadores, em respeito ao princípio da Verdade Material, considerar todos os documentos acostados na presente defesa e, ainda, caso reste qualquer dúvida acerca da regularidade da operação realizada, oficial às autoridades do Estado do Tocantins, notadamente os agentes do Posto Fiscal de fronteira com este Estado, acerca da passagem da mercadoria por aquele posto, seu ingresso e saída no Estado do Tocantins, com a devida retenção das vias dos documentos fiscais.

Comenta que o princípio da verdade material determina que o lançamento tributário deverá se ater à realidade do fatos, de sorte que possa ocorrer a subsunção do fato efetivamente incorrido à norma jurídica que lhe outorga consequências no campo tributário. Este princípio decorre da própria necessidade de garantia da estrita legalidade da tributação, ou seja, considerando que o tributo somente é devido se o fato concreto identificar-se perfeitamente com alguma das

hipóteses previstas em lei, somente será legal a cobrança deste tributo se aquele fato concreto tiver efetivamente ocorrido.

Aduz que nos termos do artigo 142 do CTN, o lançamento é o procedimento administrativo tendente, dentre outras finalidades, "*a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente*". O procedimento tributário de lançamento tem como finalidade central a investigação dos fatos tributários, com vista à sua prova e caracterização, motivo pelo qual o fisco deve se ater à realidade dos fatos, buscando sanar qualquer dúvida, não permitindo valer-se de presunções em indícios analisados isoladamente, fora do contexto regular dos eventos em análise. A legalidade da tributação depende da verificação da verdade material acerca dos elementos da obrigação tributária, cabendo à própria Administração Pública buscar esta verdade material à exaustão.

Destaca que, nesse sentido, o Código Tributário Nacional expressamente determina que, no caso de erro, o lançamento deve ser revisto de ofício, conforme se depreende das disposições contidas em seus artigos 145, III, 147, § 2º e 149, IV, *in verbis*:

"Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I – impugnação do sujeito passivo;

II – recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149." (destaques nossos)

"Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre a matéria de fato, indispensável à sua efetivação.

(...)

§ 2º Os erros contidos na declaração e apuráveis pelo seu exame serão retificados de ofício pela autoridade administrativa a que competir a revisão daquela." Grifou.

"Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

IV – quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;" Grifou.

Aduz que se verifica no Auto de Infração impugnado a busca pela verdade material, qual, caso tivesse ocorrido, teria constatado que o autuado procedeu de acordo com as normas vigentes, trazendo à baila a incorreção do lançamento lastreado em meras presunções, como já asseverado anteriormente. Posto isto, de plano, justifica-se e adoção de medida para que, sem prejuízo do reconhecimento das nulidades do Auto de Infração em tela, seja determinada a realização de diligência com escopo obter junto ao Estado do Tocantins a informação do fisco atestando a regularidade dos carimbos acostados nos documentos fiscais que acompanhavam as mercadorias, bem como, a origem física das mercadorias na operação lançada, nos termos do artigo 145 do RPAF.

Repisa que, ao deixar de considerar os documentos que acompanhavam as mercadorias em comento, portadores de selo oficial do fisco do Tocantins, bem como, esquivando-se de proceder com a devida comunicação ao fisco de Estado vizinho a fim de constatar a efetiva saída das mercadorias daquela Unidade da Federação, o fiscal refugia-se de seus deveres funcionais, afrontando ao princípio da busca pela verdade material, esvaindo qualquer razão de seus argumentos, padecendo, o Auto de Infração, viciado, nulo desde seu pretense nascimento.

Entende que, além de insanável vício por afronta a busca pela verdade material consignado no Auto de Infração impugnado, reside a necessidade de adimplir aos princípios administrativos no presente contencioso administrativo, demandando, por sua vez, a realização de diligência nesse sentido, sem prejuízo do reconhecimento de nulidade e improcedência do Auto pelos demais argumentos trazidos.

Alega ainda que faltou apresentação de documentos citados no Auto de Infração, cerceando seu direito de defesa e aprontando o princípio da publicidade dos atos administrativos.

Frisa que, conforme relatado, verifica-se que o Auto de Infração se refere e, nitidamente, reproduz relato de fatos de suposto Auto de Apreensão de mercadorias supostamente assinado por procurador do Defendente entre outros documentos que, além de remeter a norma inexistente, não foram regularmente apresentados no momento da ciência do Lançamento, representando, tal omissão, mais um vício de nulidade insuperável do ato administrativo impugnado, incorrendo em afronta ao princípio da Publicidade dos Atos Administrativos.

Ressalta que, em célere leitura, verifica-se que a exposição de fatos do Auto de Infração revela a citação de documento diverso, que, se utilizado a corroborar as presunções da autuação, deveriam, necessariamente, acompanhar a comunicação formal realizada ao autuado.

Argumenta que, ainda que insuficientes a sanar os vícios de nulidade denunciados pelo Defendente e total improcedência, no mérito, da Autuação, cumpre asseverar que tal procedimento demonstra, cabalmente, o cerceamento ao direito de ampla defesa eis que, não foi lhe dado acesso em momento oportuno, qual seja, anterior a elaboração e protocolo da presente Impugnação. Ademais, o referido equívoco evidencia afronta ao princípio da publicidade dos atos administrativos e afronta ao direito constitucional à defesa, estipulados constitucionalmente no artigo 5º e o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal e, ainda, pelo artigo 2º do RPAF/BA e, além, ao artigo 46, também do RPAF/BA.

Lembra que o autuante não se esmera, sequer, a demonstrar a composição da suposta Base de Cálculo da Exação, lançando mão de toda sorte de suposições quais não guaridas em documentos ou elementos de convicção que pudessem afastar a legalidade e regularidade da operação, atestada, inclusive, por carimbo fiscal formal prestado por Estado vizinho. Fere o direito do autuado em conhecer a natureza e extensão da suposta infração cuja responsabilidade lhe é indevidamente imputada, prejudicando, totalmente sua defesa, impedido de levantar dados técnicos e documentos, bem como o impede de verificar quais elementos de prova e indícios efetivamente sustentam a presunção exarada pelo agente fiscal a partir de um dos postos fiscais constantes no Estado da Bahia.

Aduz que não se trata da publicidade geral e irrestrita, permitindo o acesso a dados sigilosos a qualquer um, mas sim, de publicidade de atos administrativos necessários a instrução do Auto de Infração, devendo-se, por força de lei, dar-se ciência ao interessado dos respectivos atos e procedimentos administrativos e respectivos documentos, laudos e outras informação que o sustentam, no ato de ciência da Autuação ao respectivo sujeito passivo da pretensa exação, transcrevendo doutrina sobre o tema e a ementa do ACÓRDÃO JF Nº 0385-03/09

ACÓRDÃO JF Nº 0385-03/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS E MATERIAIS DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Além dos vícios de forma e conteúdo na constituição do crédito tributário, implicando evidente cerceamento de defesa, o lançamento do crédito do crédito foi efetuado em nome de pessoa que não tem legitimidade passiva para figurar na relação jurídica em discussão, por não ser o autuado detentor, depositário ou transportador das mercadorias. Auto de Infração NULO. Decisão unânime. (3ª Junta de Julgamento Fiscal, A.I. nº 898071380; Processo 072970/2009-9; Presidente: Arivaldo de Sousa Pereira; Relator: José Bizerra Lima Irmão; Julgadora: Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Sessão de 04 de dezembro de 2009). Grifou.

No mérito, frisa que na exposição dos fatos que teriam o condão de suportar a exação posta no Auto de Infração, o autuante, em flagrante presunção de que a mercadoria em tela teria sido carregada no Estado da Bahia, hipótese já afastada na exposição dos fatos, declina que o documento fiscal que as acompanha, embora revestido formalidade específica e, a despeito de carimbo oficial de Posto Fiscal de fronteira entre os Estados de Tocantins e Bahia, restaria inidôneo *nos termos da Lei 7014, Art. 47, Inciso II, Alínea 'a'*. Com efeito, ainda que

flagrantemente nulo o Auto de Infração por vício formal apresentado (insuficiência e incorreção da descrição fática e fundamentação legal do Ato Administrativo) que ferem, entre outros, os princípios da Legalidade, Moralidade, Motivação e Segurança Jurídica, conforme apresentado nas preliminares de mérito por nulidades do Lançamento, importante afastar também, a pretensão havida no Ato impugnado.

Observa que conforme demonstrado nos documentos apreendidos pela própria fiscalização e demais documentos anexos, as mercadorias estavam efetivamente no estabelecimento do produtor situado no Estado do Tocantins, não havendo supedâneo fático probatório a dar azo à presunção da D. Autoridade Autuante, não possuindo condão de conceder condição de validade ao intento de tornar inidôneos os documentos fiscalizados, detentores de todos os ritos formais e materiais e, além, apresentando selo oficial (carimbo de Posto Fiscal de Trânsito) do Estado de origem.

Transcreve o artigo 44 da Lei 7.014 de 1996 assim dispõe:

“Art. 44. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

II - inidôneo o documento fiscal que:

a) omitir indicações;

b) não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação;

c) não guardar os requisitos ou exigências regulamentares;

d) conter declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou conter rasura ou emenda que lhe prejudiquem a clareza;

e) não se referir a uma efetiva operação ou prestação de serviços, salvo nos casos previstos em regulamento;

*f) embora revestido das formalidades legais, **tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;***

g) for emitido por contribuinte:

1 - fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades;

2 - no período em que se encontrar com a inscrição desabilitada.

Parágrafo único. Nos casos das alíneas "a", "c" e "d" do inciso II, somente se considerará inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades forem de tal ordem que o torne imprestável para os fins a que se destine.” Grifou.

Aduz que, não obstante ao trabalho fiscal realizado, verifica-se que o agente fiscal não delimita adequada e suficientemente em quais das hipóteses fundamentaria seu entendimento de inidoneidade do documento, causando cerceamento de defesa ao autuado e, vez mais, a nulidade do Auto de Infração. Apontar que, em nada, o documento concorre com qualquer das hipóteses elencadas, eis que reflete totalmente a operação de fato realizada, não contém qualquer omissão e, em momento algum foi praticado com intuito de fraude, hipótese esta que não se admite e, ainda que pudesse resistir, deveria estar devidamente comprovada para que pudesse ser utilizada.

Evidencia que não proceder a alegação de inidoneidade do documento, esvaziando, em conjunto com as considerações fáticas e jurídicas apresentadas pela defesa, as precárias e argutas alegações utilizadas e justificar a lavratura do presente Auto de Infração, impondo o reconhecimento de sua improcedência, dando total provimento à presente impugnação, determinando-se, por fim, o cancelamento do suposto crédito tributário pretendido.

Reitera que inexistente fato gerador do ICMS para o Estado da Bahia, pois é inafastável o fato de o vendedor da mercadoria e o comprador situarem-se fora do Estado da Bahia, longe do alcance das leis Estaduais, coibida a invasão de competências, conforme estabelecido no artigo 155 da Constituição Federal, como também, em respeito ao pacto federativo e autonomia dos entes estatais, conforme artigo 3º da Carta Magna. Nesse sentido, vale frisar o que a própria lei 7.014/96, do Estado da Bahia prescreve em seus artigos 4º e 13º a seguir:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;”

(...)

Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a) o do estabelecimento onde se encontrem, no momento da ocorrência do fato gerador; Grifou.

Argumenta que as normas enunciadas, acima transcritas, estabelecem que o fato gerador do tributo ocorre no momento da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, devendo-se, para tanto, considerar o local físico onde as mercadorias se encontram no momento do início da operação sob análise.

Ressalta que, conforme demonstrado, no presente caso, no momento da venda, as mercadorias estavam no endereço do estabelecimento produtor localizado no Estado do Tocantins, não representando, portanto, fato gerador do crédito tributário pretendido no Auto de Infração impugnado, conforme oficial e cabalmente demonstrado no documento fiscal de venda (nota fiscal de venda) que apresenta carimbo do Posto Fiscal do Estado de origem (prova inafastável do trânsito da mercadoria na fronteira dos dois Estados em operação – transporte – inegavelmente iniciado no Estado do Tocantins).

Destaca que se verifica que a venda realizada, originária do estabelecimento produtor emissor da nota fiscal, não representa qualquer hipótese de sujeição passiva ao ICMS/BA, mas sim do ICMS devido ao Estado do Tocantins, eis que situado naquele Estado. Isto é, como a mercadoria saiu de estabelecimento tocantinense, saiu de estabelecimento não contribuinte do ICMS/BA, não há que se falar em tributo devido a este estado, inexistente o Fato Gerador do ICMS/BA.

Conclui ser evidente que não ocorreu fato gerador do ICMS/BA e, ainda que fosse possível manter o entendimento por eventual irregularidade, hipótese que só se admite por argumentação, esta não poderia pretender fazer nascer tributo sem o correspondente fato gerador, eis que, inexistentes os pressupostos de cobrança de tributo em descompasso às normas vigentes e de competência de outro Estado.

Ao final, requer pela nulidade ou improcedência da autuação.

Ao prestar informação fiscal, fls. 72 e 73, o autuante aduz que o autuado possui inscrições estaduais nos Estados da Bahia e Tocantins, embora a principal área de produção de algodão fica na Bahia. É uma zona de divisa entre Bahia e Tocantins, possibilitando a venda de produtos agrícolas se utilizando deste fato para dar saídas de mercadorias da Bahia, com nota fiscal do Estado de Tocantins.

Frisa que o Estado de Tocantins concede benefício fiscal de 100% do valor do imposto como crédito presumido, de maneira que a mercadoria não é acompanhada de qualquer recolhimento de ICMS, conforme se verifica na nota fiscal à folhas 09 dos autos.

Quanto a alegação defensiva de que a mercadoria veio ao Estado da Bahia para o beneficiamento, conforme Nota Fiscal nº 272, fl. 70, aduz que a citada nota, no valor R\$2.215.312,50, correspondente a 1.593.750 Kg de algodão, “*não possui carimbo indicando que este algodão efetivamente transitou.*” Diz que é uma nota fiscal de remessa para industrialização que corresponde a várias cargas, não havendo notas menores em quantidades adequadas para o transporte em caminhões e certamente não teria transitado acompanhada de mercadoria. À folha 73 dos autos, tece comentários sobre operações de industrialização, para descaracterizar a alegação defensiva.

Quanto a alegação defensiva de cerceamento do direito de defesa, frisa que teve dificuldade de localizar o responsável tributário, incluindo o fiel depositário, asseverando que quando se deu a conhecer lhe entregou todos os documentos fiscais, os quais possibilitaram a apresentação da defesa.

Frisa que a base de cálculo foi determinada pelo valor da operação, conforme nota fiscal do autuado acostada aos autos.

Chama a atenção para o fato de o autuado devolver fisicamente as mercadorias e não realizar uma remessa por conta e ordem. Observa que a nota de retorno, fl. 68 dos autos, é uma nota de retorno simbólico, indicando que a mercadoria não retornou fisicamente.

Acrescenta que a operação é tributada, uma vez que não há Protocolo entre a Bahia e Tocantins, e a suspensão não é aplicável.

Ao final, opina pela manutenção ao Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS em decorrência da utilização de Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal. Consta da descrição dos fatos que o Documento Fiscal nº 275 de 19/04/2012 foi considerado inidôneo nos termos da Lei 7.014, Art. 47, Inciso II, Alínea 'a', uma vez que as mercadorias (algodão em pluma) a que se refere não saíram fisicamente do estabelecimento do emitente do documento conforme consta do ROMANEIO que as descreve. Conforme consta também do Regulamento de VENDA DE CONTRATOS DE OPÇÃO DE VENDA DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS Nº 001/97 do MINISTÉRIO DA AGRICULTURA E ABASTECIMENTO – MA, da COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB, e da DIRETORIA DE ABASTECIMENTO – DIRAB, em seu item 16.1... 'tratando-se de algodão em pluma, deverá, também, o titular da opção, apresentar o ROMANEIO do algodão em Pluma (RAP) emitido pelo armazém depositário...'. Tem que as mercadorias deram saída efetivamente do endereço que consta no ROMANEIO. O foi Termo de Apreensão foi lavrado como prova de ilícito fiscal, conforme RCMS/BA. Esclarece que o Sr. Nelson Luiz Roso, proprietário das mercadorias (algodão em pluma), foi nomeado Fiel Depositário, representado seu procurador João Paulo Souza de Santos, inscrito na OAB/SP sob o nº 180852, documento incluso, fazendo parte integrante do Termo e Auto de Entrega e Depósito lavrado pelas Oficiais de Justiça.

Em sua defesa o sujeito passivo argüiu nulidade da autuação, entretanto, abaixo destaco o ponto que entendo ser decisivo para a definição da presente lide, qual seja, a existência de nota fiscal com carimbo do Posto Fiscal do Estado da Tocantins, uma vez que a defesa apresentou fatos e variados argumentos.

Inicialmente, a defesa esclareceu que na execução de suas atividades é detentor de produção de algodão em propriedades situadas no Estado de Tocantins e no Estado da Bahia, tendo firmado contrato de venda de algodão em pluma (algodão colhido com pré-beneficiamento/descaroçado) oriundo de sua produção no Estado do Tocantins, para comprador estabelecido no município de São Paulo/SP. Diz que para a entrega das mercadorias, por questão de logística, foram transportadas pelas Rodovias do Estado da Bahia, razão pela qual, após ingressar fisicamente no Estado da Bahia, passando, obrigatoriamente, pelo Posto Fiscal de Divisa com o Tocantins, conforme comprovado pelo carimbo constante na Nota Fiscal de venda emitida, tais mercadorias restaram, arbitrariamente, impedidas de seguir viagem conforme procedimento de fiscalização, no Posto fiscal de divisa entre Bahia e Goiás, localizado na Rodovia BR 020, Povoado do Rosário, S/N, Zona Rural, município de Correntina-BA.

Acrescenta que não obstante, esses fatos, verifica-se que o autuante presume que as mercadorias teriam origem diversa daquela descrita na Nota Fiscal (repite, detentora de carimbo oficial do Posto Fiscal de divisa entre os Estados do Tocantins e Bahia), pelo simples fato de haver documento não fiscal (Romaneio) apresentando cabeçalho de estabelecimento de prestação de serviço de beneficiamento (descaroçamento) e não o do estabelecimento emissor do documento fiscal de venda.

Assevera que tal fato resta evidente após a singela análise do documento fiscal que acompanhava a mercadoria transportada, detentor de carimbo oficial aposto por Autoridade de Transito estabelecida no Estado do Tocantins, local de origem da operação objeto do Auto de Infração.

Lembra que, ainda que restasse qualquer dúvida acerca da legalidade e idoneidade do carimbo de posto de fronteira com Estado do Tocantins, bastava oficial àquele órgão, ligar ou solicitar comunicação por qualquer meio junto à autoridade do Estado vizinho, o que, *per se*, seria suficiente para comprovar o transito da carga, iniciado no Estado do Tocantins, passando pelo Estado da Bahia, com destino ao Estado de São Paulo.

Por sua vez, quando da informação fiscal, o autuante silenciou sobre os argumentos acima. Nada argumentou em relação a existência do CARIMBO na Nota Fiscal objeto da autuação. Contraditoriamente, passou a afirmar que a operação de industrialização, realizada anteriormente, teria ocorrido de forma irregular.

Entendo que a operação de industrialização deve ser objeto de outra ação fiscal, para apurar sua regularização ou não, pois a mesma não foi o motivo da autuação ora em lide. Nem mesmo constou do Termo de Ocorrência Fiscal e nem do Auto de Infração, conforme se pode observar da descrição dos fatos e da própria infração, a qual imputa ao sujeito passivo: *Utilização de Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal*.

Portanto, a fiscalização formaliza uma acusação no Auto de Infração e, diferentemente, na informação fiscal, levantou a possibilidade de uma suposta outra irregularidade, totalmente diferente da consignada na peça inicial.

Tal fato, demonstra, claramente, a insegurança em relação a acusação fiscal, fato suficiente para nulidade da autuação, na forma do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, *in verbis*:

Art. 18. São nulos:

...

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Ademais, como reiteradamente destacado pela defesa, a Nota Fiscal Nº 000275, fl. 09 dos autos, consta o carimbo do Posto Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado de Tocantins, até que se prove que o carimbo não é autêntico, o mesmo comprova que a mercadoria saiu da referida unidade da federação, contrariando a suposição da fiscalização baiana.

Ressalto, mais uma vez, que o autuante, apesar de prestar informação fiscal sobre os argumentos defensivo, nada contestou em relação a existência do carimbo na nota fiscal. Portanto, para todos os efeitos, o citado documento fiscal foi objeto de fiscalização no Estado do Tocantins, antes de adentrar no Estado da Bahia.

Nesta situação, a conclusão lógica é que a mercadoria saiu do Estado de Tocantins, não podendo ser acolhida a tese da fiscalização a qual se ampara, apenas, em um ROMANEIO DE EMBARQUE, que não é um documento obrigatório para a operação em questão, pois o mesmo só é obrigatório para venda realizada para a Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB, conforme Regulamento de Venda acostado pela fiscalização folhas 18 a 30 dos autos.

Ademais, o documento fiscal objeto da apreensão não foi emitido por “*armazém depositário*” como alegou o autuante na descrição dos fatos.

Logo, mesmo que houvesse alguma dúvida quanto ao citado carimbo, o que não foi levantado pela fiscalização, deveria o preposto fiscal do Estado da Bahia ter entrado em contato com o Posto Fiscal do Estado de Tocantins ou qualquer outra unidade fazendária do referido Estado, o que não ocorreu na presente lide.

Portanto, por tudo acima exposto, entendo que o presente lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 191175.0504/12-7, lavrado contra NELSON LUIZ ROSO.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA