

PROCESSO	- A. I. N° 217356.0305/13-6
RECORRENTE	- OESTE DIESEL LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0253-04/13
ORIGEM	- IFMT – DAT/SUL
INTERNET	- 11/03/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0025-12/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL. MERCADORIA EM TRÂNSITO DESACOMPANHADA DE NOTA FISCAL. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. NULIDADE. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou pela total Procedência do Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$5.533,50, acrescido das multas de 100%, previstas no art. 42, incisos. VI, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 14/03/13, decorre da seguinte infração: transporte ou operação de mercadorias sem documento fiscal.

Consta na descrição dos fatos:

Nesta data, hora e local acima descritos, no desempenho das minhas funções fiscalizadoras, constatei a seguinte irregularidade: UMA CARRETA DE PLACA POLICIAL JQW7733/JRG6357, CONDUZIDO PELO MOTORISTA DEUSIMAR DE SOUZA OLIVEIRA, TRANSITANDO NA RODOVIA BR 030, GUANAMBÌ A CAETITÉ, TRANSPORTANDO 15.000 (QUINZE MIL) LITROS DE ÓLEO DIESEL, SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

Levado a julgamento na sessão do dia 29/10/13, os membros da 4ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF decidiram pela procedência do Auto de Infração, sob os fundamentos presentes no voto que abaixo transcrevo:

VOTO

Trata-se o presente de lançamento tributário de ICMS, por solidariedade, decorrente do descumprimento de obrigação acessória, cujo caráter é o de autonomia frente à obrigação principal, ex vi, art. 113 do CTN, com destaque do §3º.

"...")

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§r A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nella previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. (grifo acrescido).

Nessa senda, o art. 42, inciso IV, alínea "a", da Lei n.º 7.014/96, conferiu a respectiva sanção, com intuito de assegurar a prevenção geral e especial positiva da conduta do sujeito passivo da obrigação tributária, quais sejam: a intimidação junto à sociedade na prática da conduta infracional, eleita pela norma tributária, para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico; respeito aos valores determinados por essa norma; e, sobretudo, evitar novo cometimento de conduta ilícita em face da legislação tributária posta.

No caso concreto está caracterizada a falta de emissão do documento fiscal correspondente à operação descrita no Auto de Infração, ou seja, o ilícito administrativo, cuja emissão ocorreu, após a lavratura do auto infraction, fl. 1, em 14/03/2013, com saída às 10:00:43 h, fl. 31, momento no qual não mais cabia a espontaneidade da conduta do impugnante. Saliente-se o cometimento declarado da infração tributária na

peça defensiva à fl. 25 do PAF.

Ademais, tal descumprimento remete à incerteza do adimplemento da obrigação principal. Da análise dos documentos acostados, verifica-se a ausência de comprovação de fato modificativo ou extintivo da acusação fiscal a cargo do impugnante, visto que a apresentação do DANFE de nº 940335, de 13/03/20133 não assegura a correlação com a operação adstrita ao Auto de Infração.

A conduta do sujeito passivo reprovável independe do regime tributário adotado, conforme dicção do art. 42, inciso IV, da Lei nº 7.014/96:

"Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

IV - 100% (cem por cento) do valor do imposto:

a) quando a operação ou prestação estiverem sendo realizadas sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea;
(...)"

Em consonância com art. 167 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, este órgão julgador não possui competência em avaliar o caráter confiscatório do percentual da multa proposta,

A 1ª Instância do CONSEF não possui competência pra reduzir o quantum da multa, conforme art. 158 desse Regulamento. A multa proposta encontra respaldo na legislação em vigor.

Por fim, os julgados colacionados de Tribunal de Justiça Estadual não expressam o entendimento do respectivo Órgão Colegiado do Poder Judiciário do Estado da Bahia, não obstante a autonomia conferida pela Constituição Federal aos Estados-Membros.

Portanto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em questão.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionados às fls. 73 a 78, o contribuinte retorna aos autos repisando a integralidade das suas razões defensivas, de plano, afirmando que a documentação correspondente à mercadoria motivadora autuação foi apresentada ao autuante logo após a autuação.

Referindo-se ao regime tributário, aduz que a mercadoria em questão se sujeita à substituição tributária, aduzindo que sobre a referida mercadoria, nas operações posteriores, não mais incidiria o ICMS, vez que estaria encerrada a fase de tributação.

Dizendo do lapso de tempo entre a ação fiscal e a apresentação da documentação fiscal correspondente, afirma que o agente de tributo laborou em equivoco, no seu entender equivoco formal, o que em nada prejudicou a ação fiscalizatória.

Reproduz o art. 113, §3º, do CTN, bem como o art. 42, V, "a", da Lei nº 7.014/96, repisando a sua afirmativa de que não houve transporte de mercadoria sem a devida documentação fiscal, reiterando que a necessária documentação foi apresentada ao agente autuador ainda na égide da fiscalização, o que em última análise extingue qualquer pretensão punitiva pelo Estado.

Entende que a matéria está ligada aos princípios da tipicidade e motivação do ato administrativo, aduzindo que a imposição da multa se subsume à realidade dos fatos e ao modelo abstrato previsto na norma, o que não se coaduna com os elementos dos autos.

Voltando-se para a multa especificamente, diz do seu caráter desproporcional, também afirmando que o Supremo Tribunal Federal firmou orientação quanto à constitucionalidade de normas que impusessem multas por infração tributária como as aplicadas ao caso dos autos. Cita jurisprudência do STF, além de transcrever o art. 150 da Constituição Federal/88. Nessa esteira, pugna pela redução do percentual da multa para o patamar de 30%, em atenção ao princípio do não confisco. Traz à colação a jurisprudência emanada de Tribunais estaduais.

Requer a Improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea "b", do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JJF deste

CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

Em apertada síntese, a matéria discutida nos autos refere-se ao transporte ou operação de mercadoria (combustível) sem a devida documentação fiscal, tendo como principal argumento de defesa o fato de que combustíveis se submetem ao regime de substituição tributária, sugerido como encerrada a fase de tributação, além de fato alegado, de que o recorrente cuidou de fazer chegar às mãos do autuante a nota fiscal correspondente.

Da compulsão dos autos, verifico que alguns pontos precisam ser trazidos à baila, pois, relevantes ao julgamento deste processo.

Além de fato de que o Auto de Infração contém falhas e lacunas no seu preenchimento, o que poderia causar dificuldades ao exercício da ampla defesa, vejo que o Sujeito Passivo é a empresa Oeste Diesel Ltda. ME. Também verifico que se trata de um Auto de Infração de trânsito, conforme Termo de Ocorrência Fiscal à fl. 4. Chama a atenção, conforme descrito na descrição dos fatos, o fato de que a ação fiscal ocorreu na rodovia BR 030, entre Guanambi e Caetité, às 06:52h do dia 14/03/2013, quando foi flagrado veículo de placas JQW-7733/JRG-6357, de propriedade do Posto Seabra Ltda./Dibens Leasing (arrendado ao posto SEABRA Ltda.), conduzido pelo motorista Deusimar de Souza Oliveira, transportando 15.000 litros de óleo diesel, sem documentação fiscal.

Analizando os elementos dos autos, e sobretudo considerando o fato de que a autuação é por transporte de mercadoria sem documentação fiscal, a indagação primeira é no sentido de saber como, sem qualquer documento fiscal, o autuante foi levado a concluir que o Sujeito Passivo seria a empresa Oeste Diesel Ltda., autuada; porque, mesmo fundamentando a infração no art. 6º, III, “d” do RICMS/BA, o Auto de Infração não foi lavrado contra o transportador da mercadoria; e que elementos foram utilizados pelo autuante para determinar a base de cálculo do imposto, considerando que não havia documentos fiscais, nem mesmo a demonstração de como se havia chegado à base de cálculo da exigência.

Por primeiro, com foco no texto da infração, se poderia aventar a ilegitimidade passiva. Isto porque há determinação expressa nesse sentido, conforme art. 6º, III, “d”.

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

III - os transportadores em relação às mercadorias:

(...)

- d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;*

Ou seja, além da obrigação de emissão de documentos fiscais para acobertar operação de circulação de mercadorias, o que não se discute, para o caso em tela, flagrado o transporte desacompanhado da documentação fiscal competente, a imposição da norma vai no sentido de que o ilícito fiscal verificado deve ser imputado ao transportador, que no caso dos autos seria, na melhor das hipóteses, o proprietário do veículo transportador da mercadoria, nunca um completo estranho à relação que se pretende estabelecer.

De outra banda, se considerado o autuado como legitimo Sujeito Passivo, o Auto de Infração não poderia sobreviver, pois, a acusação fiscal em apreço diz da imputação de transporte ou operação de mercadorias sem documento fiscal, enquanto que a nota fiscal que menciona o autuado apenas foi apresentada em momento posterior à ação fiscal, conforme se depreende das informações contidas nos autos e da hora de emissão da DANFE apresentada pelo Sujeito Passivo para dar fundamento às suas razões de defesa e recursos.

O fato é que apesar de o autuante haver cometido o erro acima descrito, o recorrente vem aos autos e, por todo o seu arrazoado, conclui-se que a mercadoria objeto da autuação lhe pertence, o que, de certa maneira, numa análise mais superficial, restaria estabelecida a legitimidade de parte atribuída à ora recorrente, ainda que se mostre impossível, com base nos elementos dos autos até

a impugnação, se determinar que o recorrente era, de fato, sujeito passivo na relação processual estabelecida.

Equívoco maior foi perpetrado pelo n. autuante, e quanto a este não é possível superar. Trata-se da demonstração de como foi definida a base de cálculo do imposto que se pretende exigir, haja vista que o autuante teria que, necessariamente, trazer aos autos tal demonstração, pois, imperiosa diante do fato de que houve arbitramento da base de cálculo.

Não se pode olvidar que a falta da demonstração da determinação da base de cálculo determina que a autuação carrega vício que inquina de nulidade o lançamento pela mais completa insegurança do *quantum* deverá ser exigido do Sujeito Passivo, sobretudo quando, mais uma vez, se adota como norte o texto da acusação fiscal.

Isto posto, independentemente da impugnação, Recurso e informações fiscais, entendendo que os fatos levantados, indiscutivelmente, antecedem às etapas acima descritas, e sem discussão de qualquer matéria de mérito ou mesmo outra preliminar de nulidade, vejo que o Auto de Infração em apreço é nulo, pois, exige ICMS cuja base de cálculo é insegura.

Nesse contexto, voto no sentido de considerar PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário e, de ofício, julgo NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 217356.0305/13-6, lavrado contra **OESTE DIESEL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

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