

A. I. N° - 217676.0511/14-1
AUTUADO - JEBSON NEBIO PEIXOTO CHAVES
AUTUANTE - JOSÉ SÉRGIO DE MELO ANDRADE
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 15.12.14

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0233-02/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÃO COM DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. SAÍDA DE MERCADORIA DE LOCAL DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. A constatação de saída de mercadorias de local distinto daquele indicado no documento fiscal requer a identificação do local de origem das mercadorias, ou então que o veículo abordado se encontre fazendo um itinerário de viagem incompatível com o roteiro de viagem daquele trajeto. Em ambos os casos, faz-se necessário que a autoridade fiscal descreva, de forma detalhada, os elementos circunstanciais que o levaram à convicção da prática da infração apontada. Não há elementos de prova suficientes a permitir que se chegue à conclusão de que as mercadorias saíram de local diverso, fato indispensável à caracterização da infração. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/05/2012, exige ICMS no valor de R\$5.050,08 mais multa, além dos acréscimos moratórios em decorrência da seguinte infração:

Infração 01: 53.01.06 – Utilização de Nota fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal. Valor R\$ 5.050,08. Multa proposta de 100% do valor do imposto. Consta da descrição dos fatos: “Aos 30 dias do mês de maio de 2014 exercendo minha função fiscalizadora, constatamos irregularidades nos documentos fiscais apresentados pela transportadora Jebson Nebio Peixoto Chaves CNPJ nº 10.923.649/0001-38 transportando 70.140 Kgs de milho em grãos. Com os DANFE’s nº 4979, 4980 e 4981 da GA CEREALISTA E TRANSPORTADORA LTDA. Nestes DANFE’s foram postos carimbo falsificado do posto fiscal [fiscal] BA/GO com o intuito fraudulento de retirar mercadorias do Estado da Bahia. Caracterizando saída de mercadoria de local diverso do indicado no documento fiscal e como prova do ilícito fiscal foi lavrado o termo de ocorrência e auto de infração”.

Constam dos autos: Termo de Ocorrência Fiscal (folha 04 e 05); cópia dos DANFE’s Nº 4979, 4980 e 4981 (folhas 06 a 08); folha ofício com marca do carimbo do posto fiscal BA/GO (folha 09); cópias de documentos de veículo e da carteira de motorista do condutor das mercadorias (folhas 10, 11 e 12); cópias da peças processuais da ação de mandado de segurança (folhas 13 a 22); Termo de Liberação das Mercadorias Apreendidas (folhas 23 a 25); prestação de informações da autoridade coatora (folhas 26 a 29); Termo de Intimação para Pagamento do AI (folha 33); Impugnação (folhas 35 a 66); informação fiscal (folhas 70 a 71).

A GA Cerealista, terceira interessada, mediante advogado com procuração nos autos, apresenta impugnação às folhas 35 a 66, na qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Relata que retirou as mercadorias, objeto da autuação, na Fazenda São Jorge\Palestina\São Domingos, na zona rural de Buritis/MG. O transporte foi realizado pela empresa Algal Indústria e

Comércio de Rações Ltda, tendo sido entregue em sua sede no Estado de Pernambuco. Garante que o cereal foi entregue em seu local de destino conforme consta da nota fiscal, não havendo em que se falar em outro destino senão aquele lançado no documento fiscal que acoberta a operação.

Registra que não houve perícia técnica que comprove a veracidade da suposta falsificação apontada, ou seja, explica que a infração carece de materialidade delitiva, restando impossível a aplicação da multa e a cobrança do imposto.

Esclarece que esta não foi a única ocorrência desta natureza naqueles dias de apreensão apontada pelos agentes fiscais que ali prestavam serviço.

Alega que descabe o auto de infração já que houve prosseguimento da viagem até seu destino, Estado de Sergipe (sic), sem a ocorrência de qualquer prejuízo ao fisco. Alega, também, que não pode subsistir a notificação em desfavor do autuado, vez que é apenas o proprietário do veículo utilizado para o transporte da carga, não guardando qualquer relação com a mencionada falsificação, a qual é de responsabilidade do seu motorista.

Defende que a autuação deve ser decretada nula ou, não sendo este o entendimento, ser julgada insubstancial. Transcreve dispositivos da Lei 7.014/96 e do RICMS/BA para apoiar o seu ponto de vista.

Entende que o lançamento é nulo porque a infração descrita não corresponde ao dispositivo legal indicado como violado e à penalidade imposta, o que é inadmissível, segundo defende. Alega que na descrição fática foi noticiado o descumprimento da obrigação acessória de "... postar carimbo falsificados (sic) do posto fiscal BA/GO ...", enquanto que os dispositivos tidos como violados foram alíneas "d" e "f", do inciso II do art. 44 da Lei 7.014/96 (cujos textos transcreve) que cuidam da idoneidade dos documentos fiscais. Aponta desconformidade, também, da penalidade descrita no art. 42, inciso IV, alínea "j" da Lei 7.014/96, a qual tipifica uma conduta genérica: "... qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente na lei".

Transcreve ementa de acórdão da 2ª Turma do STJ em apoio à tese de que deve ser declarado nulo o auto de infração fundado em dispositivo legal inaplicável.

Argumenta, ainda, em sua defesa, que o autuante criou uma infração não prevista em lei, pois a infração de "oposição de carimbo falsificado com intuito fraudulento de retirar mercadoria do Estado" não está prevista na Lei 7.014/96, o que fere, conclui, o princípio da legalidade. Transcreve a doutrina de Luciano Amaro em apoio ao seu ponto de vista.

Sustenta que a criação de infração não prevista na legislação tributária viola, ainda, o princípio da tipicidade cerrada, segundo a doutrina de José Eduardo Soares de Melo, transcrita pela impugnante. Explica que o princípio da tipicidade cerrada veda que o aplicador da lei se valha de interpretação extensiva ou de analogia, que são incompatíveis com a taxatividade e determinação das hipóteses tributárias. Por isso, defende que o autuante não poderia ter estendido o alcance de dispositivos da Lei 7.014/96, relativos a idoneidade de documentos fiscais, para tipificar situação em que os documentos são idôneos.

Ampara-se no princípio da vinculação da atividade do agente público, para concluir que a conduta da autoridade fiscal, além de abusiva, transgride os princípios da legalidade e impessoalidade previstos no art. 37 da CF/88.

Após transcrever o art. 97 do CTN, conclui que é nula a autuação fiscal que contém infração não prevista em lei. Transcreve ementa de julgado da 8ª Turma do TRF da 1ª Região, em apoio ao seu ponto de vista.

No mérito, sustenta que a autuação deve ser julgada insubstancial, pois nenhum prejuízo foi ocasionado ao fisco. Explica que, desde o dia 01/04/2008, a empresa está credenciada de ofício como emissor de NF-e. Após discorrer sobre a instituição e o objetivo da nota fiscal eletrônica, afirma que todos os documentos fiscais emitidos pela impugnante, e objeto da autuação, são eletrônicos, conforme se vê nas cópias em anexo.

Alega que o fisco baiano teve acesso a essas operações. Indaga qual teria sido o prejuízo causado. Após responder que nenhum prejuízo houve, conclui que a autuação deve ser julgada insubstancial, pois não é razoável e proporcional que a impugnante seja punida nessa situação. Transcreve doutrina de Hely Lopes Meirelles acerca dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, em apoio ao seu ponto de vista, bem como ementa da 2ª Turma do STJ.

Em apoio à idéia de que a ausência de prejuízo possibilita a dispensa de aplicação de qualquer penalidade, transcreve a doutrina de José Eduardo Soares de Melo, bem como ementa de Primeira Turma do STJ.

Ante o exposto, requer que o pedido de revisão do lançamento seja conhecido, suspendendo-se, por conseguinte, a exigibilidade do crédito tributário apurado, segundo inteligência do art. 151, inciso III do CTN.

Pede, preliminarmente, que seja decretada a nulidade do presente lançamento. Não sendo este o entendimento deste colegiado, pede que seja julgado totalmente insubstancial o auto de infração.

Pede, ainda, que seja declarada ilegitimidade passiva do autuado.

O autuante presta informação fiscal às folhas 70 a 71, tecendo as considerações a seguir.

Afirma que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto. Defende que o auto de infração deve ser remetido à DARC para inscrição em Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113 e disciplinada pelo art. 117 do RPAF.

Afirma que a escolha da via judicial resulta na desistência da defesa ou do recurso e, consequentemente, no encerramento do procedimento administrativo fiscal, previsto no art. 27, inciso IV do RPAF.

Diante do exposto, devolve o processo para que seja remetido à DARC, para inscrição em Dívida Ativa.

Esse é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, constato que o autuante descreveu detalhadamente os fatos objetos do presente lançamento de ofício, tendo apresentado um demonstrativo de débito à folha 02, além de ter anexado cópia dos documentos fiscais apreendidos, nos quais se encontram os valores que serviram de base para o cálculo do imposto apurado.

A descrição da infração (“utilização de nota fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal”) não apresenta relação de desconformidade com o tipo no qual a autoridade fiscal enquadrou a conduta (“qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei”), em que pese o legislador tenha incorrido numa construção legal genérica. A penalidade prevista não é, contudo, meramente sanção por descumprimento de obrigação acessória, como chega a afirmar a autuada, mas supõe falta de recolhimento de imposto, como se pode deduzir da leitura do caput do inciso IV (“IV - 100% (cem por cento) do valor do imposto: ...”).

Afasto, assim, as preliminares de nulidade argüidas pela autuada.

Passo, a seguir, ao exame da preliminar de ilegitimidade passiva, proposta pelo autuado. A despeito de o direito pátrio haver positivado a noção de que a legitimidade da parte é matéria a ser tratada em sede de preliminares (nos termos do art. 295, inciso II do CPC, aplicado subsidiariamente ao RPAF), filio-me à teoria da asserção, segundo a qual o julgamento dessa questão controvertida poderá, ou não, ser tratada como mérito, a depender da necessidade de instrução probatória do feito. Será, assim, preliminar quando a análise da relação jurídica julgada independe do exame das provas acostadas aos autos, caso contrário, deverá ser tratada como exame de mérito.

Nesse diapasão, afasto a alegação de ilegitimidade passiva da autuada, pois a hipótese tratada nos autos (a justificar a autuação da impugnante) é de utilização de nota fiscal com local de saída divergindo do documento fiscal, fato que, se comprovado, conduz à aplicação de todo o aparato legislativo baiano, deflagrado como consequência lógica da aplicação do artigo 6º, inciso III, alínea “d” da Lei 7.014/96, a qual define o transportador como responsável pelo pagamento do imposto relativamente às mercadorias que conduzirem desacompanhadas de documentação comprobatória de sua procedência.

Quanto ao pleito do autuante, no sentido de que seja remetido o presente processo para inscrição em dívida ativa, é importante frisar que a desistência da defesa somente pode ser reconhecida quando a ação judicial, intentada pelo sujeito passivo, tenha por objeto a mesma matéria tratada na lide, conforme dispõe o inciso IV do art. 122 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, abaixo transcrito.

“Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:

...

IV - com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide (grifos acrescidos) antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa;

...”

Considerando que a ação judicial impetrada teve por objetivo obter a liberação imediata das mercadorias apreendidas, conforme cópia do Mandado de Segurança (folha 15), entendo que a autuada mantém-se com interesse processual em discutir o mérito da lide e obter um provimento que lhe seja favorável, na instância administrativa. Assim, denego o pedido de desistência.

Quanto ao mérito, a análise dos autos do presente processo é revelador de que a infração foi descrita como “utilização de nota fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal”, conforme se encontra descrito à folha 01 do presente processo.

No Termo de Ocorrência Fiscal, à folha 04, o autuante descreve a seguinte conduta no campo descrição dos fatos: “Aos 30 dias do mês de maio de 2014 exercendo minha função fiscalizadora, constatamos irregularidades nos documentos fiscais apresentados pela transportadora Jebson Nebio Peixoto Chaves CNPJ nº 10.923.649/0001-38 transportando 70.140 Kgs de milho em grãos. Com os DANFE’s nº 4979, 4980 e 4981 da GA CEREALISTA E TRANSPORTADORA LTDA. Nestes DANFE’s foram postos carimbo falsificado do posto fiscal [fiscal] BA/GO com o intuito fraudulento de retirar mercadorias do Estado da Bahia. Caracterizando saída de mercadoria de local diverso do indicado no documento fiscal e como prova do ilícito fiscal foi lavrado o termo de ocorrência e auto de infração”.

Como se pode depreender da leitura da descrição feita pelo preposto fiscal, a apreensão não foi feita no local de saída das mercadorias, mas no Posto Fiscal Heráclito Barreto, conforme se encontra informado no campo “Local”, no quadro “Dados da Lavratura”, à folha 01 do processo.

Não há, assim, qualquer referência específica ao local de saída das mercadorias, em que pese esse elemento seja o cerne da acusação fiscal, pois o autuante chegou à conclusão de que as mercadorias saíram de local distinto daquele apontado no documento fiscal.

Os documentos fiscais apreendidos, que acobertavam a operação, indicam, todos, que as mercadorias saíram do Estado de Minas Gerais e tinham como destino o Estado de Pernambuco, conforme se pode constatar pelas cópias às folhas 06 a 08. Revela-se, razoável, portanto, que o itinerário de viagem cumprido pelo veículo passasse pelas rodovias baianas, salvo alguma informação mais específica, que não foi revelada pelo processo.

A autuada, por sua vez, garante que retirou as mercadorias, objeto da autuação, na Fazenda São Jorge\Palestina\São Domingos, na zona rural de Buritis/MG, conforme se pode depreender da leitura de sua peça defensiva, à folha 36, cujo trecho vai abaixo transcrito.

“Conforme consta das notas fiscais apresentadas ao Agente Fiscal deste Estado, José Sérgio de Melo Andrade, o Requerente retirou os grãos na Fazenda São Jorge\Palestina\São Domingos, zona rural de

Buritis/MG; e a transportava a empresa Algal Indústria e Comércio de Rações Ltda., devidamente inscrita no CNPJ/MF nº 03.123.696/0002-12, tendo sido entregue em sua sede no Estado de Pernambuco.

Como dito, o cereal foi entregue em seu local de destino conforme consta da nota fiscal, não havendo em que se falar em outro destino senão aquele lançado na nota apresentada.”

Não há, nos autos, nenhuma evidência de que as mercadorias tenham saído de origem distinta daquela indicada no documento fiscal, muito menos o autuante deteve-se em trazer elementos de prova nesse sentido, mesmo tendo tido oportunidade de se manifestar em sua informação fiscal, à folha 70.

Ora, a constatação da infração desta natureza requer a identificação do local de origem das mercadorias, ou então que o veículo abordado se encontre fazendo um itinerário de viagem incompatível com o roteiro de viagem daquele trajeto.

Em ambos os casos, faz-se necessário que a autoridade fiscal descreva, de forma detalhada, os elementos circunstanciais que o levaram à convicção da prática da infração apontada. Na descrição da conduta, o auto de infração deu ênfase ao fato de que os DANFE's se encontravam com marcas de um carimbo falsificado, fato que revelaria, segundo o autuante, o intuito fraudulento.

Não há, contudo, maiores explicações acerca de que raciocínio desenvolveu, o autuante, para fazer tal ilação, limitando-se a acostar uma folha de papel com a marca de um carimbo, o que se revela como insuficiente. Assim, entendo que não há elementos de prova suficientes a permitir que se chegue à conclusão de que as mercadorias saíram de local diverso daquele indicado no documento fiscal, fato indispensável à caracterização da infração.

Diante do exposto, voto pela **IMPROCEDÊNCIA** do presente auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217676.0511/14-1**, lavrado contra **JEBSO NEBIO PEIXOTO CHAVES**.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2014.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

ANTONIO CÉSAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR