

A. I. N° - 217676.0510/14-5
AUTUADO - NOVAES FERREIRA REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ SÉRGIO DE MELO ANDRADE
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27/04/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0074-03/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÃO COM DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A autuação recaiu sobre o transportador, por se tratar de hipótese de mercadoria transportada acompanhada de documentação considerada inidônea. O Termo de Ocorrência Fiscal constitui prova do fato apurado. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/05/2014, refere-se à exigência de R\$5.050,08 de ICMS, acrescido da multa de 100%, pela utilização de Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal.

De acordo com a descrição dos fatos, foram constatadas irregularidades nos documentos fiscais apresentados pela transportadora Novaes Ferreira Representações Ltda. Os DANFEs 4959, 4960 e 4961 com um total de 70.140 kg de milho em grãos da GA Cerealista e Transportadora Ltda. foram postos carimbos falsificados do Posto 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 o Auto de Infração.

O autuado apresentou impugnação às fls. 37 a 47, alegando que o cereal objeto da autuação foi entregue em seu local de destino conforme consta da nota fiscal, não havendo que se falar em outro destino senão aquele lançado na nota apresentada.

Ressalta que de acordo com a notificação de lançamento em questão, não se procedeu ao registro de passagem das Notas 4959, 4960, e 4961, cópias em anexo. Afirma que restará demonstrado que outra sorte não merece a autuação fiscal em questão senão ser decretada nula ou, não sendo este o entendimento, ser julgada insubstancial, devendo o crédito tributário dela decorrente, via de consequência, ser extinto, conforme enunciado prescritivo contido no art. 156, IX, do CTN.

Alega que não houve qualquer perícia técnica, mesmo prévia, que comprovasse a veracidade da suposta falsificação apontada pelo autuante, ou seja, as infrações carecem 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, no intuito de receber imposto indevido ao seu Estado, causando prejuízos ainda não reparados. Entende que descabe o auto de infração, já que houve prosseguimento da viagem até seu destino, o Estado de Sergipe, sem a ocorrência de qualquer prejuízo à Fazenda Estadual da Bahia.

Reafirma que a notificação de lançamento em debate deve ser decretada nula ou, não sendo este o entendimento, ser julgada insubstancial, pelos motivos a seguir.

Faz uma ligeira retrospectiva fática, reproduzindo os dispositivos da legislação considerados infringidos. Alega que a autuação padece de nulidade. Primeiro, porque a infração descrita na

autuação fiscal em debate não corresponde ao dispositivo legal indicado como violado e à penalidade infligida o que é inadmissível.

Na descrição fática daquela foi noticiado o descumprimento da obrigação acessória de “... *postar carimbo falsificados do posto fiscal BA/GO...*”. Já os dispositivos indicados como violados foram as alíneas “d” e “f”, do inciso II, do art. 44, da Lei 7.014/96, que, como visto precedentemente, cuida da idoneidade dos documentos fiscais – *verbis*: “*Para os efeitos desta Lei, considera-se: II - inidôneo o documento fiscal que: d) contiver declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou contiver rasura ou emenda que lhe prejudiquem a clareza. f) embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude*”.

E a penalidade descrita no art. 42, IV, alínea “g”, da Lei 7.014/96, cuida da rasura, adulteração ou falsificação nos documentos e livros fiscais ou contábeis. Afirma que, de um lado, tem-se a descrição da aposição de carimbo falso de Posto Fiscal da BA/GO; e, de outro lado, a indicação de dispositivos legais que cuidam da inidoneidade de documento fiscal que contiver rasura ou emenda que lhe prejudique a clareza.

Diz que não é preciso esforço para perceber que a infração descrita não corresponde ao dispositivo legal indicado como violado e à penalidade cominada. Afigura-se nula a autuação com indicação de dispositivo legal inaplicável à hipótese em discussão. A autuação, nessa circunstância, fere a segurança jurídica e a verdade material, comprometendo, ainda, o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório. Sobre o assunto, cita precedente de julgamento pelo STJ - 2^a Turma, *AgRg no REsp 1048353/SP*.

Segundo, porque o autuante, inadvertidamente, criou uma infração não prevista em lei, o que se afigura ilegal. Diz que a infração por aposição de carimbo falsificado com intuito fraudulento de retirar mercadoria do Estado não está prevista na Lei 7.014/96, o que vai de encontro ao princípio da legalidade tributária. Sobre esse princípio, reproduz ensinamento do Prof. Luciano Amaro. Acrescenta que a criação de infração não prevista na legislação tributária viola, ainda, o princípio da tipicidade cerrada, segundo o magistério do Prof. José Eduardo Soares de Melo.

Também afirma 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. Isso significa dizer que não poderia o autuante ter estendido o alcance de dispositivos da Lei 7.014/96, que, insista-se, cuidam da idoneidade de documentos fiscais, e, no caso vertente, resta claro que as Notas Fiscais Eletrônicas são idôneas.

Diz que a instrumentalização e formalização do crédito tributário constitui atividade administrativa vinculada, nos termos do art. 142, parágrafo único, do CTN. Vale dizer: enquanto ao particular é dado fazer tudo o que não está proibido, ao administrador público somente é permitido fazer o que está previsto na lei. Afirma que na espécie, a conduta do autuante, além de abusiva, transgride, inquestionavelmente, os princípios da legalidade e da impessoalidade previstos no art. 37, *caput*, da CF/88. Que a autuação fiscal em discussão vilipendia o art. 97, V, do Código Tributário Nacional, que transcreveu.

Ressalta que é nula a autuação fiscal que contém infração não prevista na legislação e, nesse sentido, *mutatis mutandis* (mudando o que tem que ser mudado), cita um julgado do TRF.

Salienta que, uma vez contaminada a higidez da autuação, a exigência do crédito tributário decorrente importará num odioso e inadmissível confisco. Entende que deve ser decretada a nulidade da autuação, devendo o crédito tributário dela decorrente, via de consequência, ser extinto, conforme enunciado prescritivo contido no art. 156, IX, do CTN.

Ultrapassada a preliminar acima, adentra, por amor ao debate, no mérito da autuação. Alega que, no caso concreto, nenhum prejuízo foi ocasionado ao Fisco Estadual. Explica que desde 01/04/2008 está credenciado de ofício como emissor de NF-e, que se constitui num verdadeiro instrumento de fiscalização, pois possibilita que o Fisco verifique a regularidade das operações

mercantis, tudo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, conforme inteligência do art. 113, § 2º, CTN.

E nessa linha de intelecção, ressalta as informações prestadas, por meio eletrônico ou magnético, à SEFAZ/BA, pelo contribuinte ou, em seu nome, por terceiro por ele credenciado junto à mesma, ou os dados e informações contidos nos bancos de dados da SEFAZ/BA, bem como as informações constantes de documentos gerados por sistemas, programas ou aplicativos, decorrentes de processamento eletrônico de dados, presumem-se verdadeiros, conforme disposto nos arts. 17-B e 17-D da Lei 7.098/98.

Na espécie, os documentos fiscais emitidos pelo impugnante e objetos da autuação fiscal debatida são todos eletrônicos, conforme se vê das cópias em anexo, e o Fisco baiano teve acesso a essas operações, conforme evidencia o próprio documento. Indaga qual foi o prejuízo.

Diz que não houve prejuízo e a autuação deve ser julgada insubstancial, pois não é razoável e proporcional que o impugnante seja penalizado nessa situação. Sobre a razoabilidade e proporcionalidade, reproduz ensinamentos de Hely Lopes Meirelles e ementa de uma decisão do STJ.

Ainda referente à matéria controvertida, reproduz ensinamentos de José Eduardo Soares de Melo. Diz que não agiu com manifesta má-fé, motivo pelo qual não há se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória no caso em julgamento.

Se no caso não houve o comprometimento na arrecadação e na fiscalização do ICMS, não há falar-se no descumprimento de obrigação acessória, resultando que deve ser julgada insubstancial a autuação fiscal.

Requer que o Pedido de Revisão de Lançamento seja conhecido, suspendendo-se, por conseguinte, a exigibilidade do suposto crédito tributário apurado, segundo inteligência do art. 151, III, do CTN. Que seja decretada a nulidade da autuação fiscal. Não sendo este o entendimento, o que admite apenas por argumentação, que, no mérito, então, seja julgada insubstancial.

Reafirma que não houve a existência do fato gerador, tanto da multa quanto da cobrança do ICMS, o que deve ser declarado. Pede que seja acolhida a impugnação para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

O autuante presta informação fiscal às fls. 76/77 dos autos, dizendo que a mercadoria descrita no Termo de Apreensão foi acobertada por documentação inidônea, eis que, com a aposição de carimbos divergentes dos correspondentes aos Postos Fiscais do itinerário baiano, com o propósito de simulação de que efetivamente haveria transitado nessas unidades.

Diz que o autuado limitou-se a asseverar que o Auto de Infração seria improcedente porque, ao seu sentir, não haveria prova material quanto à infração imputada. Afirma que não assiste razão ao autuado, uma vez que a prova carreada aos autos revela-se inofismável e bastante para demonstração do ilícito apontado.

Informa que é suficiente um simples confronto visual dos carimbos em questão com os demonstrativos, através de perícia, dada a clareza da infração consumada, que no particular materializou-se de forma instantânea e permanente. Pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O defendente alegou que a autuação padece de nulidade. Primeiro, porque a infração descrita na autuação fiscal em debate não corresponde ao dispositivo legal indicado como violado e à penalidade aplicada, o que é inadmissível.

Diz que não é preciso esforço para perceber que a infração descrita não corresponde ao dispositivo legal indicado como violado e à penalidade cominada. Afirma que se afigura nula a autuação com indicação de dispositivo legal inaplicável à hipótese em discussão.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Quanto à alegação de que houve equívoco no enquadramento legal, observo que não implica nulidade da autuação provável erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

O defensor alegou que o autuante, inadvertidamente, criou uma infração não prevista em lei, o que se afigura ilegal. Diz que a infração por aposição de carimbo falsificado com intuito fraudulento de retirar mercadoria do Estado não está prevista na Lei 7.014/96, o que vai de encontro ao princípio da legalidade tributária.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que de acordo com o art. 44, inciso II, alíneas “d”, “e” e “f”, da Lei 7.014/96, será considerado inidôneo o documento fiscal que contiver declaração inexata, não se referir a uma efetiva operação e, embora revestido das formalidades legais tiver sido utilizado com o intuito de fraude.

Na descrição dos fatos foi informado que nos documentos fiscais foram apostos carimbos falsificados do Posto 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, que constitui prova da irregularidade apurada, resultando na lavratura do Auto de Infração.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS sob a acusação de que foi utilizada Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal.

Em complemento, consta a informação de que foram constatadas irregularidades nos documentos fiscais apresentados pela transportadora Novaes Ferreira Representações Ltda., tendo em vista que nos DANFEs 4959, 4960 e 4961 com um total de 70.140 kg de milho em grãos da GA Cerealista e Transportadora Ltda. foram postos carimbos falsificados do Posto 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 o Auto de Infração.

No Termo de Ocorrência Fiscal à fl. 04, também consta a informação de que foram apostos carimbos falsificados nos documentos fiscais que acompanhavam as mercadorias, concluindo-se que essas mercadorias foram retiradas no Estado da Bahia, caracterizando saída de mercadoria de local diverso do indicado nos DANFEs.

O Termo de Ocorrência Fiscal comprova o fato apurado, e apesar de o autuado negar o cometimento da infração, não apresentou qualquer documento para comprovar que estava transportando mercadoria que teve como local de saída aquele indicado no documento fiscal.

No caso em exame, se a mercadoria foi encontrada com documento fiscal constando carimbo não reconhecido pela autoridade fiscal, ou seja, um carimbo considerado falsificado, o detentor das mercadorias, que é o transportador, assumiu a responsabilidade pela coleta da mercadoria e sua entrega nos locais indicados pelo remetente, por isso, é considerado responsável pelo pagamento do imposto sobre as mercadorias em situação irregular.

O art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei 7.014/96, estabelece que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

Vale ressaltar, que o trabalho realizado pela fiscalização tem como objetivo analisar a regularidade das operações de circulação de mercadorias realizadas por contribuinte e, sendo apurada a falta de notas fiscais ou a existência de documentos fiscais inidôneos, é exigido o ICMS, como ocorreu no presente caso.

A documentação fiscal que acobertava as operações foi considerada inidônea porque, apesar de apresentar características de que poderia estar revestida das formalidades legais, foi inserido dado não reconhecido pela autoridade fiscal. O fato de constarem nos documentos fiscais carimbos considerados falsos pelos prepostos fiscais indica que a mercadoria não saiu do local indicado nos documentos fiscais correspondentes.

O defensor alegou que não houve qualquer perícia técnica, mesmo prévia, que comprovasse a veracidade da suposta falsificação apontada pelo autuante, ou seja, as infrações carecem de materialidade delitiva, restando impossível a aplicação da multa e a cobrança do imposto. Entendo que não há necessidade de perícia, nem revisão para verificar a autenticidade do carimbo, ficando indeferido o pedido apresentado pelo defensor, haja vista que os equipamentos utilizados pelo Fisco possuem características próprias, sendo acostado aos autos documento constando os carimbos originais, que divergem daqueles constantes nos documentos fiscais objeto da autuação.

Também foi alegado que descabe o auto de infração, já que houve prosseguimento da viagem até seu destino, o Estado de Sergipe, sem a ocorrência de qualquer prejuízo à Fazenda Estadual da Bahia. Entretanto, tal fato não elide a exigência fiscal, considerando que se trata de evento posterior à ação fiscal, quando a mercadoria foi liberada, mediante o preenchimento do respectivo Termo de Liberação à fl. 28 dos autos, em cumprimento ao Mandado de Segurança interposto pelo defensor.

Entendo que está caracterizada a responsabilidade do transportador, tendo em vista que de acordo com os dispositivos da legislação anteriormente citados, a autuação deve recair sobre o transportador, inclusive, na hipótese de mercadoria transportada acompanhada de documentação considerada inidônea.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando que ficou caracterizada a impossibilidade de exigência do imposto dos estabelecimentos que figuravam como remetente e destinatário da mercadoria, recaindo a exigência fiscal sobre o transportador.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 217676.0510/14-5, lavrado contra **NOVAES FERREIRA REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.050,08**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA