

A. I. N° - 297895.0791/03-7
AUTUADO - MARIA IVANILDES ANDRADE DOS SANTOS BACELAR
AUTUANTE - CESAR PITANGUEIRAS FURQUIM DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 13.05.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0151/01-04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASIVA. Não ficou evidenciado nos autos que o sujeito passivo fosse pessoa legítima para figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/09/2003 exige ICMS, no valor de R\$ 3.552,08, em razão de entrega de mercadoria em local ou usuário diverso do indicado no documento fiscal. Consta na descrição dos fatos que o motorista do veículo placa JQF-0476, que conduzia a mercadoria apreendida foi abordado no município de Irará, estando em direção ao município de Alagoinhas, conforme informação do motorista. Após verificação da documentação apresentada, constatou-se que a mercadoria estava destinada ao contribuinte João Cruz de Araújo Cavalcante, IE 59.080.981, e dizia respeito a 800 caixas de óleo de soja. Diante da incompatibilidade do trajeto, o veículo foi conduzido até ao Posto Fiscal, sendo realizada diligência no local para onde se destinava a mercadoria e constatado que se trata de uma empresa de baixa capacidade contributiva. Que obtendo informação do destinatário da mercadoria indicada no documento fiscal, este informou que não sabia de nenhuma operação realizada e que era apenas um ajudante da empresa.

O autuado, às fls. 23 a 31, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa argüindo como preliminar a incompetência absoluta da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para proceder a esta autuação, haja vista se tratar de empresa classificada como microempresa, amparada pela Lei n° 9.317/96, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte.

Alegou que o art. 17 da citada lei estabelece que compete à Secretaria da Receita Federal as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagos de conformidade com o SIMPLES. Assim, a lei federal citada não delega competência à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para fiscalizar e autuar os contribuintes, lançando tributo e aplicando multa. Transcreveu os arts. 19 e 20 da Lei n° 9317/96 e, disse ser o fisco estadual incompetente para autuar o impugnante nos moldes da legislação do RICMS-BA, toda vez que a legislação estadual esteja nitidamente em confronto com a lei federal, já que a lei federal tem prevalência sobre a estadual. Que, ainda que o fisco estadual tenha celebrado convênio com a Receita Federal no sentido de disciplinar a forma de participação das unidades federadas nas atividades de fiscalização (§ 3° do art. 17 da Lei 9.317), considerando-se o disposto no art. 18, o fisco procedeu de modo temerário e as irregularidades e enquadramento legal se afiguram abusivos e ilegais, contrariando a norma federal, ao arbitrar a multa de 100% constatando o flagrante confisco do estabelecimento do autuado.

Disse, o sujeito passivo, que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento autuado o que, a seu ver, o torna ineficaz. Também afirmou ser totalmente omissa o RICMS/BA quanto no tocante a esse fato e que o procedimento fiscal deveria ter recorrido, analogicamente, ao que estabelece o Decreto n° 70.235/72, cujo art. 10 obriga que a lavratura do Auto de Infração seja

feita no local da verificação da falta, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, porque qualquer infração cometida por este somente poderia ocorrer dentro do estabelecimento, excetuando feiras, exposições, mostras e operações semelhantes. Nesse sentido é o que dispõe o art. 196 e seu parágrafo único, do CTN.

Protestou dizendo que a doutrina é taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura do Auto de Infração no local do estabelecimento fiscalizado, sendo ineficaz a sua lavratura na repartição fiscal, como ocorreu no presente caso, ou no escritório do agente fiscal ou em qualquer outro local diverso do estabelecimento fiscalizado, quando nenhum motivo relevante impedir esse procedimento normal e usual da fiscalização, para que não haja quebra da segurança jurídica e da seriedade que deve existir nas relações entre o fisco e os contribuintes, evitando que sejam lavrados autos “por correspondência”.

Falou sobre o princípio da impessoalidade do ato administrativo, alegando ofensa ao art. 37, “caput”, da CF/88. Se a chamada ação fiscal tivesse sido desencadeada para reprimir eventual sonegação fiscal. Alegou inexistência de prova material da ocorrência do fato motivador do procedimento. Que o estabelecimento é uma microempresa regulada pela Lei nº 9.317/96, dando tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, em relação aos impostos e às contribuições que menciona (art. 1º).

Argumentou que o Decreto-Lei nº 406/68 está em pleno vigor, que sendo Lei Complementar Nacional, prevalece sobre o decreto estadual que aprovou o regulamento do imposto objeto deste lançamento.

Também alegou inexistência de motivação idônea e pertinente para a lavratura do Auto de Infração, já que o fisco não provou que houvesse ocorrido sonegação de impostos pois, o contribuinte autuado goza dos benefícios da Lei nº 9.317/96, que dispõe sobre o SIMPLES.

Que em tema de fato gerador de imposto, não há que presumir sua ocorrência, como teria acontecido no presente caso. O fato imponible deve ser identificado, quantificado, qualificado em todas as suas circunstâncias, pormenorizadamente descritas no corpo do Auto de infração, para permitir defesa ampla e, acima de tudo deve ser provado materialmente, com documento idôneo. Assim, entendeu não existir embasamento fático para o lançamento do imposto (arts. 114, 141, 142 e seu parágrafo único, 144, do CTN e, art. 1º, II, do Decreto-lei nº 406/68).

Considerou confiscatória e abusiva a multa de 100%, uma que se manifesta contrária aos requisitos da Lei (federal) nº 9.317/96.

Protestou, ainda, dizendo que, se o crédito vier a ser inscrito na dívida ativa, será nulo, e a própria execução fiscal estará eivada de nulidade, porque o título executório em que ela vier a se escudar não terá origem e valor legal.

Requeru, com fundamento nas Súmulas 346 e 473 do STF, sejam determinadas diligências, para produção de prova pericial contábil-fiscal, por contador habilitado, a fim de positivar a não-ocorrência do fato gerador do imposto. A juntada das provas obtidas em contraditório pleno apurado em processo regular e, que o Auto de Infração seja julgado improcedente, pela inexistência de causas legais e legítimas que lhe dêem embasamento.

O autuante, à fl. 36, informou que em diligência realizada na empresa João da Cruz Cavalcante, destinatário indicado no documento fiscal constante da carga apreendida, tendo ficado evidenciado que o mesmo nunca exerceu qualquer atividade comercial, ou seja, sempre trabalhou como estivador e, atualmente é funcionário da Prefeitura Municipal e faz parte da guarda do referido município, evidenciando tratar-se de “laranja” para acobertar operações de outro contribuinte.

Foi considerada inidônea a operação pelo fato de a mercadoria estar sendo transportada para ser entregue em local diverso do indicado na nota fiscal, sendo lavrado o auto contra o transportador Maria Ivanildes Andrade dos Santos Bacelar, que inclusive, se encontra com sua inscrição estadual em situação irregular, e está localizada no município de Tucano, tendo sido, neste ano, já contabilizado 08 autuações, a maioria já homologada, relativa a fatos semelhantes ao identificado nesta acusação fiscal.

Opinou pela manutenção da autuação e esclareceu que só desta forma pode estar coibindo a sonegação de impostos estaduais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, deliberou que o processo fosse encaminhado à INFAZ FEIRA DE SANTANA, solicitando que a repartição fazendária designasse auditor fiscal para verificar junto ao proprietário do veículo identificado no Termo de Apreensão de Mercadorias nº 297895.0791/03-7 se, efetivamente, a pessoa que foi identificada de posse das mercadorias apreendidas era, simplesmente, o condutor do veículo e quem era seu proprietário, para que ficasse consubstanciado nos autos a quem, de fato, deve ser atribuída a responsabilidade pela irregularidade identificada no trânsito das mercadorias.

Também, esta Junta de Julgamento solicitou que o autuante esclarecesse detalhadamente a situação motivadora da apreensão da mercadoria, já que cita no Auto de Infração ter havido incompatibilidade do trajeto, para confirmação nos autos do desvio de rota e destino da mercadoria a terceiros.

O autuante, à fl. 41, reafirmou que a empresa João da Cruz de Araújo Cavalcante foi criada para acobertar situações irregulares com a finalidade de sonegar impostos. Que tanto o condutor do veículo, quanto o transportador, fazem parte do “esquema montado para burlar o fisco estadual”. Sugere que o processo seja encaminhado à INFIP para a realização de diligências, já que toda a autuação está indicando a criação de um “laranja”, onde foi utilizado o desconhecimento ou até a má-fé de João da Cruz de Araújo Cavalcante.

O autuado, às fl. 47/48, ao tomar ciência da diligência requerida e do resultado da informação fiscal, alegou que o autuado seja pessoa ilegítima para figurar no pólo passivo do lançamento tributário e que as notas fiscais foram devidamente escrituradas no Registro de Entradas da empresa João da Cruz de Araújo Cavalcante.

Argumentou ter o Sr. João da Cruz de Araújo Cavalcante impetrado Mandado de Segurança para a liberação das mercadorias. Que o autuante, deixou de mencionar a verdade dos fatos, procurando emitir opinião pessoal.

VOTO

O sujeito passivo enfocou, em sua impugnação, a Lei nº 9.317/96 que trata do “SIMPLES”, sistema que, em princípio é afeto aos tributos federais, para fundamentar suas preliminares de nulidade. Neste contexto, observo que a Lei Complementar nº 87/96 dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. No seu art. 1º determina que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o ICMS. Assim, o Estado da Bahia, através da Lei nº 7.014/96, trata do ICMS e a Lei nº 7.357/98, trata da criação do SimBahia, disciplinando e estabelecendo as normas e regras aos contribuintes que optarem pelo regime simplificado de apuração, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte e ambulantes, conforme o caso.

No tocante a argumentação de ter sido aplicada multa confiscatória, observo que a Lei nº 7.014/96, no seu art. 42 estabelece os percentuais de multa a serem adotados a cada tipo de

irregularidade apurada. Também em relação ao local de lavratura do auto de infração, o RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), regulamentando a Lei nº 7.014/96, estabelece no art. 39, § 1º que o Auto de Infração poderá ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Ainda, das irregularidades apuradas no trânsito de mercadorias as regras aplicáveis independem da condição do contribuinte que foi identificado em situação irregular, ou seja, se estejam inscritos na condição de regime normal ou simplificado de apuração. Inclusive, tal afirmativa em relação ao contribuinte inscrito na condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte – SimBahia está prevista no art. 408-L, V, do RICMS/97.

Desta forma, rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pelo defendente.

Na apreciação como foram apurados os fatos, observo que na descrição da ocorrência foi dito que o motorista que conduzia o veículo placa JQF-0476, foi abordado no município de Irará, estando em direção ao município de Alagoinhas, conduzindo a mercadoria que foi apreendida. Como o fato ocorreu no trânsito, foram lavrados o Termo de Apreensão e o Auto de Infração contra Maria Ivanildes Andrade dos Santos Bacelar, sob o fundamento de usuário diverso do indicado no documento fiscal, haja vista que no documento fiscal que dava trânsito a mercadoria constava como destinatário João da Cruz de Araújo Cavalcante.

Considerando que o Termo de Apreensão não foi lavrado contra o transportador da mercadoria e, como nos autos consta a indicação da placa do veículo que serviu de transportes das mercadorias que foram apreendidas por estarem em situação irregular, esta Junta de Julgamento Fiscal, deliberou, em pauta suplementar, que o processo fosse encaminhado à repartição de origem a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para, em diligência, verificar se a pessoa que foi identificada de posse das mercadorias apreendidas era, apenas, o condutor do veículo e, em caso positivo, quem era o proprietário do veículo placa JQF-0476, para que não restasse dúvida a quem, de fato, deveria ser atribuída a responsabilidade tributária, na condição de responsável solidário, pela irregularidade identificada no trânsito das mercadorias.

Porém, a solicitação não foi cumprida, o que evidencia que o autuante não dispunha de elementos capazes de manter a autuação, limitando-se a emitir juízo de valor de caráter subjetivo.

Assim, considero nula a autuação.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “b”, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 297895.0791/03-7, lavrado contra **MARIA IVANILDES ANDRADE DOS SANTOS BACELAR**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2004.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA