

PROCESSO - A. I. Nº 09275703/04
RECORRENTE - COMERCIAL DE TRIGO ESPECIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0227-03/05
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 29/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0354-12/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A legislação estabelece que o imposto por antecipação deve ser recolhido pelo próprio contribuinte ou pelo responsável, na passagem pela primeira repartição fiscal de entrada no Estado. A escolha de via alternativa de tráfego pelo contribuinte para chegar ao Estado de destino, não configura infração tributária. Alterada a Decisão de Primeira Instância. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão prolatada pela 3ª JFJ que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de infração se refere à exigência de R\$11.980,71, a título de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto na entrada, neste Estado, referente a mercadorias provenientes de outra Unidade da Federação, enquadradas em Convênios ou Protocolos, sem o pagamento da retenção na origem. Consta no Termo de Apreensão de nº 075492, que a *“mercadoria penetrou no Estado por um desvio de Posto Fiscal para não pagar a antecipação tributária prevista na Portaria de nº 114 de 27 de fevereiro de 2004”*.

O autuado apresentou tempestivamente impugnação às fls. 17 a 20 dos autos, alegando que a ação fiscal ocorreu quando o transportador da mercadoria transitava pela rodovia conhecida como *“estrada do boi”*. Argumentou que utiliza a mencionada rodovia porque, além do estado precário em que se encontram as demais estradas, faz uma economia de aproximadamente 50 quilômetros, até alcançar a BR 101, na cidade de Teixeira de Freitas. Disse também que poderia recolher o tributo exigido na cidade de Teixeira de Freitas, uma vez que nessa cidade há repartição fiscal, e, obrigar o transportador retornar até Argolo para recolher o ICMS seria impor ao contribuinte uma grave pena e um grande prejuízo, porque teria que se deslocar por mais 50 Km, correndo risco de danificar o veículo. O defendente apresentou o entendimento de que não existe legislação que impeça o recolhimento do imposto em Teixeira de Freitas, considerando que, para quem adentra a estrada do boi, a primeira repartição fiscal é em Teixeira de Freitas, mas, os fiscais não aceitaram as explicações do condutor do veículo, negando-se a aceitar o recolhimento espontâneo do imposto, e, devido à intransigência e apreensão das mercadorias com imposição de multa indevida, foi impetrado Mandado de Segurança, obtendo a liberação das mercadorias. O autuado assegurou que jamais teve a intenção de deixar de pagar o tributo devido, só o fazendo porque o Fisco se negou a emitir o DAE sem a multa, e nenhuma justificativa plausível foi dada para a autuação. Ressaltou que está inscrito regularmente, encontra-se em dia com suas obrigações fiscais, o motorista portava os documentos fiscais relativos às mercadorias que transportava, tendo apresentado as notas fiscais quando solicitado, inexistindo qualquer atitude que denotasse intenção dolosa, e não houve flagrante ou comprovação de intenção ou gesto que causasse prejuízo ao erário estadual. Por fim, pediu a improcedência do Auto de infração em lide.

A informação fiscal foi prestada às fls. 26 a 28, com base no art. 127, § 2º, do RPAF/99, pela Auditora Rossana Araripe Lindote, que opinou pela procedência do Auto de infração, dizendo que, da leitura dos autos e consulta a funcionários do Posto Fiscal Alberto Santana, depreende-se que não assiste razão ao autuado. Disse que a aquisição de farinha de trigo de outro Estado obriga o adquirente a efetuar o pagamento da antecipação, e o autuado foi flagrado em desvio da rota natural para entrada neste Estado, numa tentativa de esquivar-se ao pagamento do imposto. Ressaltou que as alegações do autuado são improcedentes quanto à opção da rota escolhida, porque não representa qualquer economia em distância, além de a estrada não se encontrar em boa situação, ao contrário do que alega o autuado. Disse que ficou evidenciado que o autuado deixou de percorrer a rodovia mais utilizada neste roteiro, que conduz ao Posto Fiscal Benito Gama, evitou passar por Mucuri, desviando-se sem qualquer justificativa, a não ser pela evasão do imposto. Concluiu opinando pela procedência da autuação fiscal.

À fl. 38, o presente processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem por esta 3ª JJF, para o autuante esclarecer e comprovar os dados e a fonte de onde foram obtidos os valores relativos à base de cálculo utilizada no presente lançamento; a repartição fiscal providenciar a entrega ao autuado de cópia de todos os elementos anexados aos autos pelo autuante, e ser firmado recibo pelo contribuinte ou seu representante legal, reabrindo o prazo de defesa, de trinta dias.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 43, esclarecendo que o cálculo do imposto exigido foi efetuado com base na Instrução Normativa nº 63/02, tendo elaborado o demonstrativo de débito.

O contribuinte foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, constando na intimação que foi anexada a cópia da mencionada informação fiscal, e reaberto o prazo de defesa. Entretanto, o autuado não se manifestou.

Através do Acórdão JJF nº 0227-03/05, a 3ª JJF julgou Procedente o Auto de infração, sob o entendimento de que:

- a) *“Considerando que a autuação fiscal ocorreu em um local considerado desvio, constato que ficou caracterizado que o autuado adotou essa opção para não passar no primeiro Posto Fiscal do percurso, na entrada do território deste Estado”, razão pela qual “estando comprovado que o contribuinte utilizou o desvio, está configurada a falta de espontaneidade, por isso, que é devido o imposto exigido, por falta de cumprimento da obrigação na primeira repartição fiscal do território deste Estado”;*
- b) *deve ser ressaltado que “o art. 125, inciso VIII, do RICMS/97, ao tratar dos prazos para recolhimento do ICMS por antecipação, em relação à farinha de trigo, estabelece que o imposto deve ser recolhido pelo próprio contribuinte ou pelo responsável, na passagem pela primeira repartição fiscal de entrada no Estado, o que não foi observado pelo autuado”;*
- c) *no que concerne ao cálculo, asseverou a Primeira Instância que “no demonstrativo à fl. 43, elaborado pelo autuante, foi considerado o preço com base na pauta estabelecida na Instrução Normativa 63/02, sendo concedidos os créditos relativos aos valores do imposto destacados nos documentos fiscais”.*

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, o recorrente interpôs Recurso Voluntário, alegando que a Decisão recorrida deixou de considerar o quanto disposto no art. 125, VIII, do RICMS/97, que estabelece que o imposto deve ser recolhido na primeira repartição após a fronteira do Estado, por onde o transportador obrigatoriamente teria que passar, sendo este local o Posto de Teixeira de Freitas, que funciona quilômetros após o local em que fora abordado pelos prepostos da fiscalização estadual. Aduz que o transportador trafegava por uma rodovia estadual que tem denominação e consta de todo e qualquer mapa rodoviário do Estado, qual seja, a Rodovia 996, e não um “desvio” ou “picada” aberta para fugir ao fisco. Assevera que a “Estrada do Boi”, como ficou conhecida a BA 996 se encontrava em melhores condições de tráfego do que a BR 101, que estava toda esburacada, além de ser mais longo o percurso através dela. Reitera o argumento de que não pretendia deixar de recolher o imposto devido, tendo o motorista transportador se colocado à disposição para efetuar o pagamento do imposto perante o fiscal responsável pela ação fiscal, o qual se negou a receber o tributo sem a aplicação de multa. Todavia, prossegue, o imposto foi recolhido de forma devida, tendo sido apresentado o DAE de

quitação juntamente com a Impugnação do Auto de infração, documento que certamente deve ter acompanhado os presentes autos, estando admirado pelo fato de que a Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente o Auto de infração e mandou intimar o autuado a pagar o imposto devido, acrescido da multa de 60%. Ressalta que o Estado da Bahia não tem legislação determinando as rodovias pelas quais obrigatoriamente se tem de trafegar para acesso ao seu território, estabelecendo a lei tributária que, no caso em tela, o tributo deve ser antecipado na primeira repartição do estado, sendo que esta estava localizada após o local da abordagem da fiscalização. Insurge-se contra a Decisão da referida Junta Julgadora por entender que a mesma se baseou em mera presunção, sem qualquer embasamento legal que autorize à conclusão, com segurança, de que tenha o autuado cometido a infração. Ao final, pugna pela reconsideração da Decisão, a fim de que o Auto de infração seja julgado improcedente.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo, transcrevendo, inicialmente, o art. 125, VIII, do RICMS/97, para asseverar que *“Depreende-se claramente da leitura do referido dispositivo, que na hipótese ora em análise, o imposto deveria ser pago no primeiro posto fiscal após a entrada no Estado da Bahia, o que não significa dizer que deve ser obedecida a rota desejada pelo Fisco até atingir o primeiro posto eleito a critério da fiscalização”*. Segundo a Parecerista inexistiu nos autos comprovação acerca da veracidade da informação trazida pelo fisco de que *“o autuado deixou de percorrer a rodovia mais utilizada neste roteiro, evitando passar por Mucuri, desviando-se do posto fiscal do percurso, localizado em Argolo, sem qualquer justificativa, a não ser pela evasão do imposto”*, razão pela qual, como alega o recorrente, tal entendimento se configura em mera presunção. Ademais, assevera que o imposto também poderia ter sido cobrado no momento da ação fiscal, por parte da equipe da volante, uma vez que realmente é possível a arrecadação através de rede própria, não cabendo ao Estado da Bahia decidir ou determinar em que rodovia deve trafegar o transportador ao adentrar o seu território, pouco importando, inclusive, se a utilização deste ou daquele trecho significam economia de distância, de combustível, se é, ou não, a rota naturalmente utilizada pelos motoristas. Por tal razão, entende ser *“incabível a exigência da presente autuação fiscal de que o roteiro a ser seguido deve obrigatoriamente incluir a cidade de Argolo, seguindo para Mucuri no outro extremo do percurso, como se vê nos mapas anexos, quando se pode escolher outra via, no caso a BA 996, que o levará mais rapidamente ao seu destino final”*. Tal fato não se constitui em infração tributária, não se tratando de atitude infratora a escolha de outra estrada que não a desejada pelo Fisco, a menos que o contribuinte evitasse passar pelo posto fiscal localizado em Teixeira de Freitas, primeira repartição fiscal do percurso escolhido para adentrar no Estado, se utilizando de algum desvio clandestino, e não recolhesse o imposto, aí sim, estaria evadindo-se e furtando-se ao pagamento devido. Salienta, ainda, que o transportador portava as notas fiscais correspondentes à mercadoria conduzida, estando inclusive em condições de pagar o ICMS naquele momento, como se prontificou a fazê-lo e o fez no dia seguinte, vez que os fiscais da volante não aceitaram o referido pagamento. Entende que tudo *“leva a crer que houve a negociação subalterna entre remetente e destinatário da farinha de trigo, para realizar a antecipação tributária no trânsito da mercadoria, não havendo prática de nenhum ato que possa demonstrar atitude infratora do recorrente, a não ser a escolha da rodovia BA 996, que a meu ver, não importa em infração fiscal”*. Ao final, opina pelo provimento do Recurso Voluntário interposto.

O eminente Procurador-Assistente da PGE/PROFIS profere despacho no sentido de ratificar o Parecer exarado às fls. 79/85, que opina pelo provimento do Recurso Voluntário interposto, para o fim de se julgar improcedente a exigência fiscal contida no Auto de infração.

VOTO

Merece reparos a Decisão proferida em primeira instância. Senão, vejamos.

Depreende-se, da simples leitura do art. 125, VIII, do RICMS/97, que no caso vertente, o imposto deveria ser pago no primeiro posto fiscal após a entrada no Estado da Bahia, fato que não pode ser confundido com a obrigatoriedade de obediência de rota desejada pelo Fisco até atingir o primeiro posto, eleito a critério da fiscalização.

Ora, inexistente no presente PAF a indispensável comprovação acerca da veracidade da informação trazida pelo fisco de que “*o autuado deixou de percorrer a rodovia mais utilizada neste roteiro, evitando passar por Mucuri, desviando-se do posto fiscal do percurso, localizado em Argolo, sem qualquer justificativa, a não ser pela evasão do imposto*”. Assim sendo, não havendo prova da referida alegação por parte do Fisco Estadual, tal entendimento passa a se constituir em mera presunção, como bem observou o recorrente.

Outrossim, impende ressaltar que o imposto também poderia ter sido cobrado no momento da ação fiscal, por parte da equipe volante, uma vez que realmente é possível a arrecadação através de rede própria, o que efetivamente não ocorreu. Ainda nesse envolver, mister se faz observar que não cabe ao Estado da Bahia decidir ou determinar em que rodovia deve trafegar o transportador ao adentrar o seu território, pouco importando, inclusive, se a utilização deste ou daquele trecho significam economia de distância, de combustível, se é, ou não, a rota naturalmente utilizada pelos motoristas.

Assim sendo, no nosso entendimento, incabível se apresenta a exigência da presente autuação fiscal de que o roteiro a ser seguido deve obrigatoriamente incluir a cidade de Argolo, seguindo para Mucuri no outro extremo do percurso, como se vê nos mapas anexos, quando, em verdade, pode o contribuinte, querendo, escolher outra via, no caso a BA 996, que o levará mais rapidamente ao seu destino final.

É evidente que tal fato não pode se constituir em infração tributária, não se tratando de atitude infratora a escolha de outra estrada que não a desejada pelo Fisco, a menos que o contribuinte evitasse passar pelo posto fiscal localizado em Teixeira de Freitas, primeira repartição fiscal do percurso escolhido para adentrar no Estado, se utilizando de algum desvio clandestino, e não recolhesse o imposto, caso em que estaria evadindo-se e furtando-se ao pagamento do imposto devido.

Acresça-se a isso o fato de que o transportador portava as notas fiscais correspondentes à mercadoria conduzida, estando, inclusive, em condições de pagar o ICMS naquele momento, como se prontificou a fazê-lo e o fez no dia seguinte, vez que os fiscais da volante não aceitaram o referido pagamento no dia anterior. Logo, diante dos fatos e elementos constantes dos autos, tudo leva a crer que houve a prévia negociação entre remetente e destinatário da farinha de trigo, a fim de que fosse realizada a antecipação tributária no trânsito da mercadoria, não havendo prática de nenhum ato, ou mesmo indício, que possa demonstrar atitude infracional por parte do recorrente, exceto a escolha da rodovia BA 996, que a nosso ver, não importa em infração fiscal, como observado alhures.

Ex positis, com espeque no Parecer emitido pela PGE/PROFIS, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto no sentido de julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração, uma vez que o recolhimento foi espontâneo, pois se deu na primeira repartição do Estado da Bahia.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de infração nº **09275703/04**, lavrado contra **COMERCIAL DE TRIGO ESPECIAL LTDA.**

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villanova e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Helcônio de Souza Almeida.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS