

PROCESSO - A. I. Nº 0779395204/06
RECORRENTE - GUJÃO ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0281-03/06
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18/04/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0098-11/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INFRINGÊNCIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª JJF, a qual julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 30/01/2006, referente a exigência de R\$1.666,00 a Título de ICMS, acrescido da multa de 100%, tendo em vista que foram constatados 2.000 frangos vivos para abate (4.000 kg), sendo transportados sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de nº 081393 à fl. 02.

A 3ª JJF fundamentou sua Decisão nos seguintes argumentos de fato e de direito: em primeiro asseverou que o autuado confirmou nas suas razões de defesa que as mercadorias estavam desacompanhadas do documento fiscal correspondente, alegando, apenas, que houve arbitramento da base de cálculo do imposto exigido.

Em segundo, com fulcro no art. 220, inciso I, do RICMS/97, afirmou que a nota fiscal correspondente deveria ser emitida antes de iniciada a saída das mercadorias, sendo também prevista pela legislação a obrigação do sujeito passivo exigir do estabelecimento vendedor ou remetente, os documentos fiscais próprios, sempre que adquirir, receber ou transportar mercadorias sujeitas ao ICMS (art. 142, inciso VIII, RICMS/97). Afirmou ainda a relatoria que *“Considerando que se trata de frango para abate, conforme descrito no Termo de Apreensão, a mercadoria está sujeita à antecipação do ICMS, relativo às operações internas subsequentes com os produtos comestíveis resultantes do abate, conforme estabelece o § 5º, inciso I, do art. 353, do RICMS/97”*.

Observou que em relação à base de cálculo, o autuante considerou que os 2.000 frangos correspondem a 4000 Kg, informação esta contestada pelo deficiente, tendo em vista que inexiste nos autos qualquer comprovação da pesagem da mercadoria, bem como da pesquisa do preço utilizado.

Foi observado também que a base de cálculo deveria ser o valor da operação realizada pelo remetente da mercadoria, acrescido das demais despesas cobradas do adquirente, adicionando a MVA prevista no Anexo 88, se este preço não for inferior ao fixado na pauta fiscal.

Foi informado também que o autuante esclareceu, em sua informação fiscal, que em relação ao valor utilizado para apurar a base de cálculo, devido ao horário da apreensão, e por se tratar da primeira operação, entende que não poderia utilizar a pauta fiscal, tendo sido aplicado, portanto, o preço praticado na região de ocorrência do fato. Dessa forma, considerando que não houve a comprovação da pesagem das mercadorias no local da apreensão, torna-se inviável tal providência nesta fase processual. Com base nestes argumentos a JJF entendeu que deve ser aplicado, neste caso, o valor de R\$3,00 por cada frango vivo, previsto na pauta fiscal, consoante a IN 09/05 de 20/02/05, tendo em vista que as mercadorias foram apreendidas sem documentação

fiscal, e não se pode afirmar se aquela era, ou não, a primeira operação. Sendo assim, o imposto exigido foi alterado, conforme quadro abaixo:

QUANT	PREÇO UNIT	BASE DE CÁLCULO	ALÍQ.	ICMS DEVIDO
2.000	3,00	6.000,00	17%	1.020,00

Com os argumentos acima, a 3^a JJF, por unanimidade, decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O autuado interpôs Recurso Voluntário, apresentado tempestivamente, impugnando a Decisão de primeira instância com base nos seguintes argumentos: em primeiro, o autuado alega que o AI não merece procedência pois o arbitramento da base de cálculo foi ilegal. Apoiado no art. 18 da Lei Complementar nº 87/96, informou que o autuante atribuiu às 2.000 unidades de frango vivo o peso de 4.000 Kg, fazendo-o sem qualquer fundamentação, pois não havia no local instrumento capaz de conferir qualquer pesagem. Alega violação da ampla defesa, já que no momento da autuação os prepostos do recorrente que se encontravam *in loco*, contestaram o peso imputado à mercadoria. Para complementar sua fundamentação citou ainda a Súmula nº 1 do CONSEF, bem como transcreveu a ementa de um acórdão da 1^a JJF, o qual julgou nulo determinado AI com base na falta de forma clara e compreensiva na composição da base de cálculo. Além disso, citou o dispositivo do art. 18, IV, “a” do RPAF/99, o qual determina que é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração e o infrator.”

Prosseguindo em suas razões recursais, o autuado aduziu que a 3^a Junta de Julgamento Fiscal fugiu à sua competência por “realizar novo lançamento fiscal quando se discutia apenas a nulidade de um ato praticado pela autoridade autuante”. Apoiado no art. 176 do RPAF/99 argumenta que a competência deste Conselho limita-se apenas ao julgamento, não cabendo ao mesmo a constituição de crédito tributário. Socorrendo-se do próprio julgamento proferido em primeira instância, o sujeito passivo alega haver equívoco no arbitramento da base de cálculo, transcrevendo o seguinte trecho do voto da 3^a JJF: “a base de cálculo deveria ser o valor da operação realizada pelo remetente da mercadoria, acrescido das demais despesas cobradas do adquirente, adicionando a MVA prevista no Anexo 88, se este preço não for inferior ao fixado na pauta fiscal.”. Com tal alegação, afirma que a JJF reconhece tacitamente a nulidade do Auto de Infração, já que foi ilegal a arbitração feita pelo preposto fiscal. Com isso, afirma a empresa recorrente que a JJF entrou em contradição e que o AI é nulo. Alega, ainda que, além disso, a Junta usurpou a competência dos Agentes Fiscais, usando como argumentos finais, citou os arts. 155 e 156 do RPAF/99.

Os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para análise e emissão de Parecer. Pela ilustre representante daquela Procuradoria Fiscal, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, foi elaborado Parecer no qual concorda com os argumentos do recorrente. Afirmou a Dra. Maria Dulce que “a base de cálculo é um elemento indispensável à autuação. No presente processo, como reconhecido pela d. JJF, não há qualquer indicação pelo autuante dos elementos para formação da base de cálculo, salvo número de aves”. Dessa forma, apoiando-se no fato indicado, afirma que o “Auto de Infração de está eivado de vício em sua origem!”.

Demonstrando, de fato, estar plenamente de acordo com os argumentos do recorrente, a ilustre Procuradora afirmou que o processo não pode prosseguir, pois lhe faltam elementos indispensáveis à caracterização do imposto, além do que não cabe realmente à JJF a fixação de base cálculo, mesmo tendo reconhecido que o autuante não indicou os critérios adotados, ferindo, portanto, os princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Segundo o seu entendimento, com tal procedimento adotado pela JJF, esta não ajustou a base de cálculo aos ditames da lei, mas sim atuou em substituição ao autuante. Dessa forma opina pelo provimento do Recurso Voluntário para que seja declarada nula a autuação, sendo recomendada a renovação da ação fiscal, desta vez a salvo de irregularidades.

O Parecer foi ratificado pelo Procurador Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3^a JJF, a qual julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, lavrado em 30/01/2006, referente à exigência de R\$1.666,00 de ICMS, acrescido da multa de 100%, tendo em vista que foram constatados 2.000 frangos vivos para abate (4.000 kg), sendo transportados sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de nº 081393 à fl. 02.

Da análise dos autos verifico que a autuação foi feita no trânsito das mercadorias, quais sejam frangos vivos. No posto fiscal onde ocorreu a autuação, bem como nas redondezas não existe balança, de forma que não foi possível averiguar com precisão, mínima que fosse, o peso da carga contida no caminhão. Tudo conforme informação fiscal de fl. 15.

Observo que não obstante os argumentos trazidos pelo autuado em sua impugnação ao Auto de Infração (fls. 09 a 12), a JJF passou ao largo da consideração dos critérios legais de formação da base de cálculo do lançamento.

Dessa forma, estando clara a demonstração – tanto pelo recorrente quanto pela PGE/PROFIS – de que a base de cálculo é elemento fundamental à formação do Auto de Infração, concordo com os argumentos postos, todos corroborados pela força incontestável da lei. Assim sendo, voto pela procedência do Recurso Voluntário para declarar NULO o Auto de Infração atacado, devendo ainda ser iniciado novo procedimento fiscal, desta feita a salvo de ilicitudes.

VOTO DISCORDANTE

Ouso discordar do relator e da representante da PGE/PROFIS.

O voto pela nulidade do auto de infração se deu exclusivamente em razão da base de cálculo. Foi consignado no Parecer da PGE/PROFIS, cujos argumentos foram acatados pelo Relator do PAF, que a JJF não ajustou a base de cálculo aos ditames da lei, mas sim atuou em substituição ao autuante, quando a fixou pela Pauta Fiscal em razão do número de aves vivas (frango).

Sendo assim, não resta qualquer dúvida quanto à materialidade dos fatos: o autuado foi flagrado transitando sem documentação fiscal com 2.000 frangos vivos para o abate.

Também está claro que, no local onde ocorreu a autuação, bem como nas redondezas, não existe balança, de forma que não foi possível averiguar o peso da carga contida no caminhão.

Bem, a ilicitude está provada – transporte de mercadoria sem a respectiva nota fiscal – e o imposto é devido.

O autuante optou por arbitrar a base de cálculo – conforme previsão legal – aceitando o peso médio de cada ave informado pelo motorista do veículo, que seria de 2 Kg, o que totalizaria a carga em 4.000 Kg de frango vivo. Daí utilizou o preço praticado na praça – sem, contudo, trazer aos autos a pesquisa de preço – para chegar ao valor da mercadoria e ao imposto devido.

A JJF, no seu julgamento, por concluir que inexiste prova de que não se tratava da primeira operação, utilizou o preço constante em pauta fiscal (IN 09/05 de 20/02/05), onde consta o valor de R\$3,00 por cada frango vivo, preço este inferior ao de mercado, segundo se depreende dos montantes apurado pelo autuante e julgado na 1^a Instância.

Reza a citada IN n.º 09/05, no item 01.11, que a base de cálculo para efeito de incidência de ICMS, na primeira operação realizada pelos produtores de frango para abate, relativa à antecipação tributária dos produtos comestíveis resultantes, será de R\$3,00 por cabeça.

Não coaduno com o raciocínio da representante da PGE/PROFIS de que a JJF atuou pelo autuante, mas entendo que ela, apenas, ajustou a base de cálculo aos ditames da lei, até porque não haveria outra forma de cobrar o imposto que deixou de ser recolhido pelo contribuinte autuado.

Assim, em conformidade com o julgamento da JJF, por inexistir prova de que a operação irregular praticada pelo autuante não foi a primeira, concluo que a base de cálculo a ser utilizada para a cobrança do imposto devido na operação é de R\$3,00 por cabeça de frango vivo para o abate.

Concluo que a decisão recorrida está perfeita e não carece de qualquer reparo, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para homologá-la.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 **NULO** o Auto de Infração nº **0779395204/06**, lavrado contra **GUJÃO ALIMENTOS LTDA**.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Guilherme Corrêa Fonseca Lima, Fábio de Andrade Lima, Oswaldo Ignácio Amador, Fernando Antonio Brito Araújo e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO DISCORDANTE: Conselheiro Ciro Roberto Seifert.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 20007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

GUILHERME CORRÊA DA FONSECA LIMA – RELATOR

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO DISCORDANTE

MARA LINA SILVA DO CARMO – REPR. PGE/PROFIS