

PROCESSO - A. I. Nº 0938434020/08
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOVIL COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA.
RECORRIDOS - BOVIL COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0122-01/09
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 28/10/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0281-11/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o lançamento fiscal, pois lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal e de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, nos termos do artigo 169, inciso I, alíneas “a”, item 1, e “b”, do RPAF/99, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Nulo – Acórdão JJF nº 0122-01/09 - lavrado para imputá-lo a realização de operações com mercadorias tributáveis caracterizadas como não tributáveis.

O Relator de Primeira Instância inicialmente informou que, após analisar as peças que compõem os autos, verificou que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos – acostado às fls. 02 e lavrado em 24/10/2008, não condiz com a realidade dos fatos apurados, vez que no campo “Descrição dos Fatos (Motivos determinantes da Apreensão)” consta que o Termo de Apreensão refere-se à apreensão das mercadorias constantes nas notas fiscais de saídas sem o devido recolhimento; no entanto ressaltou que não seria possível a apreensão das referidas mercadorias, vez que a relação de notas fiscais da planilha anexa ao referido Termo discrimina notas fiscais como tendo sido emitidas nos meses de janeiro a agosto, portanto, vários meses antes de sua lavratura.

Ressaltou, ainda, que reforça este entendimento a natureza perecível das mercadorias comercializadas pelo autuado – carne bovina. Ainda pontuou que não constam nas planilhas indicação alguma acerca da data da emissão das referidas notas fiscais e da discriminação das mercadorias apreendidas, além do que não foram carreadas aos autos as notas fiscais, ou suas cópias, objeto da apuração.

Aduziu que do exame dos demais elementos que integram os autos a acusação fiscal não se fez acompanhar de fundamentos para sua sustentação, gerando incerteza quanto à efetiva exigência do tributo, haja vista a natureza das mercadorias objeto da ação fiscal, cujo pagamento do imposto é dispensado pela legislação do ICMS quando o abate ocorre em frigorífico credenciado, o que representa vício jurídico que atenta contra o princípio da estrita legalidade tributária.

Observou que se faz presente vício insanável na lavratura do presente Auto de Infração, lançado em desacordo com a alínea “a”, do inciso IV do art. 39 do RPAF-BA/99, já que foram apurados débitos em todos os meses, no período de janeiro a agosto, conforme fls. 03 e 04, sem que o autuante tenha indicado no demonstrativo de débito de fl. 05 o imposto devido mensalmente, para fins de atualização monetária e cálculo dos acréscimos legais, consignando no lançamento uma única data de ocorrência 24/10/2008, forma de lançamento que implica em prejuízo à Fazenda Estadual, não podendo, ainda, ser sanada por meio de diligência.

Assim, assevera que a autuação infringiu o devido processo legal, e que o CONSEF já decidiu neste sentido, a exemplo do Acórdão prolatado pela 1ª CJF de nº 0194-11/04, cuja ementa

transcreve em seu voto, concluindo pela nulidade do Auto de Infração, ao tempo que representa à autoridade competente para renovar a ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas e incorreções.

Depois de cientificado da Decisão da JJF, o sujeito passivo atravessa aos autos a mesma petição apresentada quando da defesa, denominando-a de Recurso Voluntário – fls. 38 a 44 – onde repete em todos os seus termos os argumentos defensivos, abaixo expostos resumidamente:

- I. que atua no comércio atacadista de carne bovina e sempre cumpriu com suas obrigações tributárias e que Auto de Infração não deve prosperar por conter irregularidades, vez que fora realizado levantamento superficial adotando-se critérios subjetivos;
- II. que está sendo exigido imposto de mercadorias dispensadas do pagamento, consoante previsão contida na alínea “a” do inciso II do § 5º do art. 353 do RICMS-BA/97, pois, somente comercializa boi abatido em frigoríficos que atendem aos §§ 5º e 6º deste artigo e que, sendo optante pelo Simples Nacional, *“não pode contribuir individualmente para o Estado, conforme previsão da Lei nº 123 de 16 de dezembro de 2006, assim como também não pode destacar nas suas operações de notas fiscais de saídas a tributação sobre tais mercadorias [carnes], tendo em vista sua atividade ser comércio atacadista e não indústria.”*.
- III. que dispondo de escrita regular, não há possibilidade de aplicação dos Recursos de arbitramento e da presunção pelo Fisco, que está vinculado à adoção da escrituração como base de prova da base de cálculo primária, podendo ainda se socorrer de outros meios probatórios que julga necessários, com a finalidade de esclarecer a controvérsia e na busca da verdade material, e que a admissibilidade de presunção somente seria cabível se comprovada a ocorrência do fato gerador, para substituição da base cálculo quando inexistir escrituração, recusa da apresentação ou a sua imprestabilidade;
- IV. que, em vez da multa de 60% aplicada no Auto de Infração, deve ser aplicada a multa de 2% instituída pela Lei Federal nº 9.298/96, aduzindo que a aplicação na ordem de 60% a 100% além de onerar sobremaneira o contribuinte, configura-se enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública, transcreve trechos de doutrinadores que entende corroborar sua tese.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo às fls. 49 a 52 - se manifesta pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, consignando que não há elementos nos autos para um reconhecimento da improcedência do lançamento, porquanto ausentes as notas fiscais de circulação das mercadorias ou outros documentos que evidenciem a dispensa do ICMS na hipótese vertente – abate do gado em frigorífico credenciado - não havendo, assim, suporte material hábil nos autos para uma averiguação da presença dos requisitos legais da isenção exigidos no art. 353, §5º, inciso II e do art. 347, §8º do RICMS/BA.

Aduziu, ainda, que a ausência dos livros fiscais e demais documentos que embasaram a autuação não permite que seja averiguado se as receitas advindas das operações examinadas foram lançadas na escrita do contribuinte para efeito de verificação se compuseram ou não o cálculo do Simples Nacional, além de sequer haver prova de que a empresa se encontrava à época da autuação cadastrada neste regime.

Ao final, ainda aduz que em relação à multa aplicada, a mesma encontra-se devidamente prevista na Lei nº 7.014/96, não estando inserida na competência do CONSEF a apreciação de questões relativas à inconstitucionalidade, nos termos dos art. 167 do RPAF/BA.

VOTO

Inicialmente, é necessário consignar que não houve efetiva interposição de Recurso Voluntário por parte do sujeito passivo. A petição que foi acostada aos autos é a mesma peça apresentada a título de impugnação ao Auto de Infração, apenas diferindo daquela por ter sido inserida na folha inicial em sua parte superior a denominação “Recurso Voluntário”, muito embora tenha sido

mantida logo abaixo, ainda na folha inicial, a denominação de “defesa”. Ora, é cediço que esta espécie recursal tem como fundamento o inconformismo do sujeito passivo com a Decisão de Primeira Instância. Pois bem, sequer o sujeito passivo externou qualquer inconformismo com ela, aliás não menciona sequer a Decisão que seria objeto de pedido de reforma ou alteração, o que de fato não poderia ocorrer, já que a petição em foco é mera cópia da defesa, como já exposto.

O Recurso Voluntário visa precipuamente à desconstituição, parcial ou total, da Decisão recorrida e, para tanto, deve o recorrente apresentar argumentos ao juízo *ad quem* para que tal alteração seja processada através de julgado da Segunda Instância, apontando as incorreções, os equívocos, os pontos da Decisão que entende devam ser objeto de nova apreciação, ou mesmo trazendo argumentos novos que permitam uma análise melhor da questão envolvida.

O Recurso Voluntário do sujeito passivo, assim, não pode ser visto como uma ação autônoma, dissociado da Decisão anteriormente proferida pelo juízo *a quo*, pois em verdade tem impulso e surge a partir dela. E, de fato, o art. 169, I, “b” do RPAF/BA ao tratar desta espécie recursal, é expresso quando determina que o Recurso Voluntário seja interposto contra a Decisão de Primeira Instância, *in verbis*:

“Art. 169. Caberão os seguintes Recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

*b) Recurso voluntário do sujeito passivo **contra a Decisão da primeira instância** em processo administrativo fiscal;”.* Grifos nossos.

Neste sentido, votamos pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Recurso Voluntário.

No pertinente ao Recurso de Ofício, cabível diante do julgamento pela nulidade do Auto de Infração, de logo devemos consignar que não merece reparos a Decisão da JJF. A leitura dos autos e dos documentos nele acostados como embasadores da autuação nos leva à mesma convicção dos julgadores de Primeira Instância, qual seja, de que não há elementos suficientes que possam determinar, com segurança, a ocorrência da infração imputada, nos termos do art. 18, inciso IV do RPAF/BA, abaixo transcrito:

“Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

*a) **que não tiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;**”.*

Muito embora a autuação tenha sido gerada pela fiscalização de trânsito de mercadorias, e tenha sido lavrado Termo de Apreensão de Mercadorias e Documento que circunstancia os fatos como apreensão de mercadorias constantes em notas fiscais de saídas sem oferecimento à tributação embora fossem tributadas, a análise dos demais documentos e elementos dos autos não apontam, ou melhor, não embasam a acusação fiscal.

Em verdade, sequer constam dos autos as notas fiscais, que seriam objeto da apreensão, mas sim uma planilha – de fl. 4 - onde constam descritos apenas os seguintes dados: números das referidas notas fiscais, valor e destinatário, ressaltando que tais documentos fiscais têm datas distintas da autuação e da apreensão, pois teriam sido emitidos nos meses de janeiro a agosto (não se informa de que ano), quando a apreensão ocorreu, conforme data aposta no Termo de Apreensão em 24 de outubro de 2008, mesma data da lavratura do Auto de Infração ora em apreciação.

Por sua vez, às fl. 5, consta um documento denominado Memória de Cálculo, onde é feita a soma dos valores destas notas fiscais, valor resultante que é dado como base de cálculo, aplicando-se a alíquota interna de 17% e encontrando-se o valor a recolher a título de ICMS, lançado no presente Auto de Infração, sem sequer observar que tais documentos têm datas distintas, portanto, não poderia ser lançado o débito exigido com uma única data de ocorrência, mormente pelo fato de que todos os elementos levam a crer que a ação fiscal não se deu no trânsito das mercadorias constantes nas notas fiscais citadas.

Por outro lado, embora não se façam presentes nos autos os referidos documentos fiscais para se conhecer de fato qual a operação, ou melhor, operações, que eles acobertavam, e nem a peça inicial da autuação ou o Termo de Apreensão, ou ainda o autuante em sua informação fiscal, esclareça sequer qual a mercadoria que neles constavam – muito embora a razão social do autuado pudesse sugerir qual seria – somente na impugnação é que se informa que se trataria de operações envolvendo abate de gado, operações estas que envolvem um tratamento tributário específico na nossa legislação, sendo importante para que o julgador pudesse apreciar a matéria o perfeito conhecimento dos fatos que ampararam a autuação, o que, como demonstrado, não foi possibilitado pelo autuante.

Assim, todos estes fatos nos levam a concluir, assim como os julgadores de Primeira Instância, de que o Auto de Infração em epígrafe não merece prosperar, devendo ser declarado nulo.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso Voluntário, recomendando à autoridade fazendária que seja renovada ação fiscal junto ao estabelecimento autuado para verificação da regularidade das operações vinculadas às notas fiscais relacionadas na presente autuação, a salvo das falhas ora apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO CONHECER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **0938434020/08**, lavrado contra **BOVIL COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo de incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. PGE/PROFIS