

A. I. Nº - 938434020  
AUTUADO - BOVIL COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA.  
AUTUANTE - CARLOS AUGUSTO REBELLO  
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO  
INTERNET - 26. 05. 2009

1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0122-01/09

**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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/10/2008, exige o pagamento no valor histórico de R\$30.634,56, em razão da realização de operações com mercadorias tributáveis caracterizadas como não tributáveis, contidas nas notas fiscais anexadas ao respectivo Termo de Apreensão.

Constam dos autos o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 149701, fl. 02, Relação de notas fiscais” fls. 03 e 04, “Memória de Cálculo”, fl. 05.

O autuado apresenta defesa, fl. 08 a 14, onde inicialmente observa que atua no comércio atacadista de carne bovina e sempre cumpriu com suas obrigações tributárias, em seguida aduz as seguintes argumentações: Diz que o Auto de Infração não deve prosperar por conter irregularidades, vez que fora realizado levantamento superficial adotando-se critérios subjetivos.

Observa que está sendo cobrado 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. Acrescenta ainda que por ser 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 não pode destacar em suas notas fiscais de saídas a tributação sobre tais mercadorias [carnes], tendo em vista sua atividade ser comércio atacadista e não indústria.

Ressalta que dispondo de escrita regular impede a aplicação dos recursos de arbitramento e da presunção pelo fisco que está vinculado a adoção da escrituração como base de prova da base de cálculo primária, podendo ainda se socorrer de outros meios probatórios que julga necessário, com a finalidade de esclarecer a controvérsia e na busca da verdade material. Acrescenta 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.

Defende, em vez da multa de 60% sugerida no Auto de Infração, a aplicação da 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. Para corroborar seu argumento de que a multa excessiva ultrapassa o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores, transcreve trechos de preleções dos juristas Sacha Calmon e Orlando de Pilla Filho.

O autuante informa, fl. 24, que o auto de Infração foi lavrado de acordo com a legislação vigente e que o autuado em sua defesa discorda apenas da multa aplicada alegando que deveria ser aplicada a multa de 2% com base na Lei nº. 9.298/96.

Conclui reafirmando a procedência do Auto de Infração.

**VOTO**

Cuida o presente Auto de Infração de operações de mercadorias tributáveis caracterizadas como não tributáveis.

Em sua impugnação, o contribuinte alegou que comercializa exclusivamente boi abatido em frigorífico conforme prevê os §§ 5º e 6º do art. 353 do RICMS-BA/96, dispensado do pagamento do ICMS de acordo com a alínea “a” do inciso II do § 5º do mesmo artigo e regulamento.

Depois de analisar as peças que compõem os autos verifica-se o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos - TAO, fl. 02, lavrado em 20/10/2008, 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 a apreensão das mercadorias constantes nas notas fiscais de saídas sem o devido recolhimento. Entretanto, depreende-se que não é possível a apreensão das referidas mercadorias, vez que na relação de notas fiscais da planilha anexa ao TAO, discriminam notas fiscais como tendo sido emitidas nos meses de janeiro a agosto, portanto, vários meses antes de sua lavratura. Aspecto esse, agravado pela natureza perecível das mercadorias comercializadas pelo autuado – carne bovina. Também 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.

Emerge também do exame nos elementos que integram os autos que a acusação fiscal não se fez acompanhar de fundamentos para sua sustentação, gerando, assim, 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.

Ademais, constato ainda a existência de vício insanável na lavratura do presente Auto de Infração, em desacordo com a alínea “a”, do inciso IV do art. 39 do RPAF-BA/99, a seguir transcreto.

*Art. 39. O Auto de Infração conterá:*

*IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:*

*a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;*

Eis que, foram apurados débitos em todos os meses, no período de janeiro a agosto, fls. 03 e 04, no entanto, o autuante, não indicou no demonstrativo de débito, fl. 05, o imposto devido mensalmente, para fins de atualização monetária e cálculo dos acréscimos legais, consignou no lançamento uma única data de ocorrência 24/10/2008.

Como esta forma de lançamento implica em prejuízo à Fazenda Estadual, e tendo em vista que esta incorreção contraria o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF-BA/99 não podendo, portanto, ser sanada por meio de diligência, a autuação não prospera, por inobservância do devido processo legal.

Ressalto que o CONSEF já decidiu neste sentido, a exemplo do Acórdão prolatado pela 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL CJF nº 0194-11/04, cuja ementa transcrevo a seguir:

**ACÓRDÃO CJF Nº 0194-11/04**

**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. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.**

Ante o exposto, voto pela **NULIDADE** do Auto de Infração, e represento à autoridade competente, no sentido de programar nova ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto

efetivamente devido, a salvo de falhas e incorreções.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **938434020**, lavrado contra **BOVIL COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo de incorreções.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2009

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉFRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR