

PROCESSO	- A. I. N° 217688.0306/10-3
RECORRENTE	- MEGAFRUTY COMERCIAL IMPORTADORA DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA. (CEREALISTA NORTE E SUL)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0262-05/10
ORIGEM	- IFMT – DAT/SUL
INTERNET	- 01/11/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0323-12/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO NA FRONTEIRA. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Modificada a Decisão recorrida. Flagrante por violação ao disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, tendo em vista a discrepância entre a acusação fiscal e a ocorrência verificada. Acolhida a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração NULO. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo no qual impugna a Decisão da 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide foi lavrado em 15/03/10, no trânsito de mercadorias e exige ICMS no valor de R\$ 6.438,84, acrescido da multa de 60%. Foi imputada ao sujeito passivo a acusação de “*Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado*”.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“Inicialmente, convém esclarecer para o contribuinte autuado que o agente fiscalizador não pertence aos quadros de auditores fiscais da Secretaria da Fazenda. Em verdade o autuante pertence à outra categoria do grupo fisco baiano, composta pelos agentes de tributos estaduais, cuja competência para lançar de ofício o ICMS foi inserida no ordenamento jurídico tributário, pela Lei nº 11.470/09, com efeitos a partir de 1º/07/2009, restrita às operações na fiscalização de trânsito de mercadorias e perante os contribuintes enquadrados no Regime Simplificado de Apuração de Imposto, também denominado de Simples Nacional.

Feito o esclarecimento acima, visto que na peça de defesa o contribuinte entendeu que o autuante ocupava o cargo de auditor fiscal do Estado da Bahia, passaremos à análise das questões postas no presente PAF.

A partir da leitura da peça defensiva se constata que o contribuinte não contesta o imposto lançado no Auto de Infração, mas tão-somente a multa aplicada, ao argumento de que não cometeu infração e, em decorrência, tinha o direito de recolher o tributo (ICMS - antecipação parcial), na primeira repartição fazendária do percurso, de forma espontânea e sem imposição da penalidade de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Todavia, a partir do conteúdo dos termos lavrados na ação fiscal, em especial os Termos de Apreensão e Ocorrências (docs. fls. 05 e 06, do PAF), constata-se que o fato motivador da lavratura do Auto de Infração se concretizou, pois o condutor do veículo, ao ser cientificado dos referidos termos, não apôs nenhuma ressalva quanto ao local onde foi encontrada a carga. Pelo relato das peças que instruem o Auto de Infração a ação fiscal foi desenvolvida após o posto fiscal Benito Gama, não restando dúvida quanto à consumação do ilícito tributário. Dessa forma, fica des caracterizada a espontaneidade alegada pelo contribuinte no cumprimento da obrigação tributária em exame, relativa à intenção de pagar o ICMS da antecipação parcial na primeira repartição do percurso, visto que o autuado não se encontrava credenciado perante a Secretaria da Fazenda estadual para efetuar o recolhimento do imposto no prazo de lei.

Não vislumbro também razões que justifiquem a necessidade do processo ser remetido em diligência, visto que o fato motivador do lançamento já se encontra provado nos termos lavrados para subsidiar a ação fiscal.

Assim, diante do acima exposto, meu voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo os valores recolhidos pelo sujeito passivo, ser homologados pela autoridade fazendária competente.”

O sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário no qual impugnou a decisão ora transcrita. Inicialmente, alegou que o auto é nulo uma vez que há o vício da incompetência da autoridade fiscal. Consoante o art. 1º da Lei nº 11.470/2009, a competência dos agentes de tributos, classe à qual pertence a autoridade autuante, restringe-se ao lançamento de ofício de ICMS nas operações de fiscalização em trânsito e perante contribuintes enquadrados no Regime Simplificado de Apuração de Imposto, também denominado Simples Nacional, razão pela qual a autuação deverá ser anulada por incompetência da autoridade autuante.

Alega no mérito que não questiona a obrigação tributária em si, tanto que realizou o parcelamento do pagamento. O que esta sendo discutido é a multa de 60% aplicada.

Salientou que a autuação não descreve com clareza e precisão, exatamente, em qual local o motorista foi abordado, dando referências para localização e identificação precisa da estrada vicinal que o autuante supõe ser um desvio. Salientou que algumas perguntas devem ser respondidas para a melhor elucidação dos fatos: Qual era a tal estrada vicinal que se supõe um desvio? Liga qual localidade a qual outra localidade? Qual seria um ponto de referência da localização? A quantos quilômetros da BR 116 estava o veículo? O tal desvio estava antes ou depois do Posto Fiscal, considerando sentido de tráfego do condutor? Qual a justificativa apresentada pelo condutor para o fato de estar num desvio? Houve testemunhas oculares da abordagem? Em quais condições estava o veículo? Observa que a resposta a tais questões evidencia a nulidade da infração por não estar devidamente e precisamente caracterizada. Por essa razão, a decisão que julgou procedente tão arbitrária autuação deverá ser reformada.

Ressalta que considera como arbitrária a tipificação da suposta infração, uma vez que o crédito tributário em tela, sendo o contribuinte descredenciado, deveria ter sido quitado na ocasião da entrada da mercadoria no território do Estado, ou seja, no primeiro posto fiscal no percurso. Na ocasião, o agente fiscal não permitiu ao condutor o recolhimento do imposto no posto fiscal, preferindo autuá-lo por entender devida a multa, sem que a infração tivesse, efetivamente, ocorrido.

Concluiu, requerendo, preliminarmente, “a anulação do auto ou provimento do recurso no mérito”, solicitando que se determine ainda à produção de prova requerida na impugnação, com base no que preceitua o art. 145 do RPAF/99.

A PGE/PROFIS, por meio da ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, emitiu o seu parecer opinativo no qual alega que não assiste razão ao recorrente. Fez menção a Lei nº 11.470/09, no seu artigo primeiro, aonde mostra que esta atribuiu competência aos agentes de tributo para fiscalização em trânsito e empresas inscritas no Simples Nacional.

Alega que a partícula “e” trazido pela indicada lei no seu artigo primeiro significa adição de âmbitos de autuação, ou seja, o ATE pode fiscalizar mercadorias em trânsito e empresas cadastradas no Simples Nacional.

Observa que no mérito, o Termo de Ocorrência de fl. 07, assinado pelo motorista, indica que a abordagem do caminhão foi feita em “desvio” após o Posto Fiscal Benito Gama, para onde foi reconduzido.

Não há, pois, como se aceitar a espontaneidade do pagamento do tributo, devendo ser mantida a exigência da multa por infração correspondente.

Sendo assim, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Compulsando os autos, pude constatar que o procedimento fiscal obedeceu ao seguinte rito, ou seja, em 13/03/2010 foi lavrado Termo de Ocorrência (fl. 7), no qual o autuante, na condição de agente de tributos, registrou que o veículo da empresa transportadora das mercadorias destinadas

ao recorrente, foi abordada por preposto fiscal em um “*desvio*” após o Posto Fiscal Benito Gama, situado na BR 116, Km 814, município de Vitória da Conquista/BA. Nesta oportunidade, o autuante asseverou que a empresa recorrente estava descredenciada junto ao cadastro da SEFAZ/BA, conforme consignado nos autos. O veículo transportador foi então reconduzido para o Posto Fiscal supracitado. Em 15/03/2010, portanto dois dias depois da abordagem inicial, foi lavrado, já no Posto Fiscal Benito Gama, o Termo de Apreensão e Ocorrências (fl. 05), seguido da lavratura do Auto de Infração em epígrafe.

Ainda neste mesmo dia, o recorrente protocolou requerimento para liberação das mercadorias a seu favor, na condição de fiel depositária das mesmas, mediante PARCELAMENTO DO DÉBITO do ICMS devido e DEFESA DA MULTA, nos termos previstos no art. 947, II, alínea “b” do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, seguido de Termo de Liberação firmado pelo próprio autuante, conforme se constata às fls. 18/19 dos autos.

É mister registrar que verifiquei crassos erros formais na lavratura do Auto de Infração que o inquinam de nulidade. Pude verificar que a descrição dos fatos e a da infração estão claramente incongruentes, já que na descrição atribui-se o cometimento da infração pelo não recolhimento do ICMS por ANTECIPAÇÃO, enquanto a caracterização da infração trata de ANTECIPAÇÃO PARCIAL, conforme está consignado à fl. 01 dos autos. Ademais, na elaboração do Demonstrativo de Débito, acostado à fl. 02, constata-se, com meridiana clareza, que na formação da Base de Cálculo do ICMS cobrado, o autuante valeu-se, incorretamente, da aplicação da MVA.

Por conseguinte, tais fatos apontados “*ferem de morte*” a subsistência da autuação, implicando na plena nulidade do lançamento de ofício, em atendimento à determinação contida no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, segundo a qual, deve ser decretada a nulidade quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o seu montante, como se constatou no presente processo, com consequente prejuízo trazido para o sujeito passivo quanto ao seu direito de ampla defesa e ao exercício do contraditório.

Portanto, com outros fundamentos, acolho a preliminar de nulidade arguida pelo recorrente e voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar a NULIDADE do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 217688.0306/10-3, lavrado contra **MEGAFRUTY COMERCIAL IMPORTADORA DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA. (CEREALISTA NORTE E SUL)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS