

**A. I. Nº** - 297745.0112/03-5  
**AUTUADO** - ELIVAN SANTOS OLIVEIRA & CIA. LTDA.  
**AUTUANTE** - JORGE LUIZ MAGALHÃES NUNES  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/NORTE  
**INTERNET** - 14.12.04

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0477-02/04**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Conforme Súmula nº 01 do CONSEF, 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. Não restou comprovada a origem dos preços utilizados para o cálculo da exigência fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 13/11/2003 para exigência de ICMS no valor de R\$ 3.137,44 mais a multa de 60%, referente à falta de antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária relacionada no Anexo 88 do RICMS/BA (bebidas alcoólicas), através da nota fiscal nº 1148, emitida por Ind. Repres. Bebidas Veloso Ltda, situada em Pernambuco/PE, com preço sub-faturado, conforme documentos às fls. 04 a 08.

No prazo regulamentar, o autuado por seu advogado legalmente constituído, interpõe em sua defesa constante às fls. 16 a 18, arguindo a improcedência da autuação com base no argumento de que inexistente qualquer disparidade na nota fiscal nº 1148, pois a mercadoria apreendida correspondia em qualidade e quantidade com o documento fiscal, e que o imposto foi devidamente recolhido no Posto Fiscal Fernando Presídio, o primeiro no percurso do estabelecimento, dentro do Estado da Bahia, conforme DAE's anexos (doc. fl. 30).

Assevera que também houve cobrança do imposto em relação à mesma mercadoria objeto da autuação, do remetente dos produtos Ind. Rep. Bebidas Veloso Ltda, através do Auto de Infração nº 297745.0109/03-4 (docs. fls. 31 a 39).

Por fim, protestando por todos meios de prova em Direito admitidas, o defendente requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal à fl. 42, o autuante esclarece que em uma mesma ação fiscal, em virtude de ter constatado três fatos geradores distintos, foram lavrados outros dois Autos de Infração, além do que cuida os autos.

Diz que primeiramente foi lavrado AI nº 297745.0109/03-4, contra o transportador, relativo ao passe fiscal nº AL001042/2003-16, referente à Nota Fiscal nº 1490, cujo fato gerador foi a tentativa do transportador de baixar o referido passe com a Nota Fiscal nº 1148.

Esclarece que o outro AI de nº 297745.0110/03-2 é decorrente da constatação de outra mercadoria que estava sendo transportada sem nota fiscal (Aguardente Composta Gengibre), e também foi lavrado contra o transportador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e respectivos Autos de Infração anexos.

No caso do AI objeto deste processo, o preposto fiscal informou que após pesquisa na praça, foi verificado o sub-faturamento dos preços das mercadorias que estavam acobertadas pela Nota Fiscal nº 1148, e que esta prática é contumaz do destinatário juntamente com o remetente, e que por se tratar de mercadorias enquadradas na Portaria nº 270/93, foi lavrado contra o autuado, na condição de destinatário, o presente AI nº 297745.0112/03-5, tomando-se por base para a apuração do débito, o valor médio do mercado atacadista, e a dedução do crédito fiscal correspondente aos valores recolhidos e destacados no documento fiscal.

Conclui pela procedência de sua ação fiscal.

Foi dada ciência ao autuado dos novos elementos acostados à informação fiscal, sendo apresentado nova impugnação às fls. 51 a 52, cujo patrono do autuado reiterou seus argumentos anteriores, acrescentando que são incompatíveis os termos utilizados pelo preposto fiscal, relacionando duas operações distintas, inerentes ao pedido de baixa de passe fiscal a outras mercadorias roubadas no trânsito, e a verificação das mercadorias efetivamente transportadas pela Nota fiscal nº 1148, salientando que já tinha sido recolhido o respectivo tributo sobre as mesmas.

Considerou descabida a acusação de que houve a tentativa de baixar o passe fiscal relativo a outras mercadorias com o documento fiscal inerente às mercadorias objeto da autuação, e que o comportamento do autuante em tratar com grosseria o transportador, independente do resultado deste processo, seria cabível de apuração para punir as faltas praticadas pelo servidor, em atenção aos princípios éticos que regem os atos administrativos.

Considerando a alegação defensiva de que inexistia qualquer disparidade na nota fiscal que acobertava a mercadoria objeto da autuação, bem assim, que inexistia nos autos a origem do preço utilizado pelo autuante para determinação do montante da base de cálculo, na pauta suplementar do dia 13/04/2004, para evitar futura alegação de cerceamento de defesa, e que não foi obedecido o devido processo legal, converteu o processo em diligência à Infaz de origem para que o autuante esclarecesse com a devida comprovação, a origem dos preços que serviram de base de cálculo da exigência fiscal constante no demonstrativo à fl. 03.

A diligência foi realizada pelo ATE Luiz Lopes Neto, que apresentou o “Levantamento de Preço Corrente” às fls. 68 a 70, com base no dia 07/06/04, a qual, foi dado vistas ao sujeito passivo, porém ele não se manifestou (doc. fls. 72 a 73).

## **VOTO**

Consta no Auto de Infração, na descrição dos fatos, que a infração imputada ao autuado se refere a falta de recolhimento do imposto, na primeira repartição fazendária do percurso das mercadorias (bebidas alcoólicas), enquadradas na Portaria nº 270/93, procedentes de outro Estado, acobertadas pela Nota Fiscal nº 1148, emitida pela firma Ind. Repres. Bebidas Veloso Ltda, situada em Pernambuco/PE, com preços sub-faturados, conforme documentos às fls. 04 a 08.

Considerando que a quantidade das mercadorias apreendidas correspondia com o documento fiscal que as acompanhava, bem assim, que houve o recolhimento de parte do imposto no Posto Fiscal Fernando Presídio, o primeiro no percurso do estabelecimento, dentro do Estado da Bahia,

conforme DAE's anexos (doc. fl. 30), a descrição mais adequada ao fato seria de recolhimento a menos da antecipação tributária por erro na apuração do imposto devido.

Feita esta observação, passo a analisar as alegações do patrono do autuado. Pelo que foi comprovado pelo autuante em sua informação fiscal, não houve a cobrança de imposto em relação à mesma mercadoria objeto da autuação, pois, enquanto o AI nº 297745.0110/03-2 faz referência a mercadoria desacompanhada de documento fiscal (120 Cxs. AGUARDENTE COMPOSTO – GENGIBRE), o AI nº 297745/0109/03-4 se refere a tentativa de dar baixa do Passe Fiscal nº AL001042/2003-16, relativo à Nota Fiscal nº 1490, com a NF 1148 que acobertada a carga que foi objeto de autuação neste processo.

Diante da constatação das ocorrências citadas, não elididas pelo sujeito passivo, observo que o preposto fiscal deu estrito cumprimento a uma obrigação funcional, qual seja, lavrar distintamente os competentes autos de infração contra os contribuintes que cometeram as infrações apontadas, as quais, se infundadas, a legislação tributária prevê a possibilidade do sujeito passivo impugná-las na esfera administrativo ou judicial. Desta forma, ainda que fosse o contrário, não existe previsão legal para esta JJF apreciar questões relacionadas com possíveis faltas de natureza administrativa por parte de prepostos fiscais.

No mérito, o sujeito passivo reconhece sua obrigação de proceder o recolhimento antecipado do imposto nas aquisições interestaduais de bebidas alcoólicas, conforme previsto no artigo 353, inciso II, itens “2.5” e “2.8” do RICMS/97, tanto que comprovou tê-lo feito na entrada no território deste Estado, conforme DAE's à fl. 08 nos valores de R\$ 589,23 e R\$ 19,41, valores esses, que foram deduzidos da apuração do débito lançado no Auto de Infração.

Quanto aos preços utilizados para a apuração do débito, nota-se na Nota Fiscal nº 1148 que em virtude do preço unitário da cada mercadoria não está condizente com o preço do mercado, eis que, como exemplo, seria inadmissível que o valor unitário de PINGA NORDESTINA 980 ML 6X1, represente apenas o valor unitário de R\$ 2,00. Foi esclarecido na informação fiscal pelo autuante que os preços unitários utilizados se referem aos preços no mercado atacadista, conforme demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA A MENOS

MERCADORIAS	TIPO	UNID.	QUANT.	VL.UNIT	VALOR	MVA	B.CALC.	ALIQ.	IMP.
PINGA NORDESTINA	980ML 6X1	CXS.	480	8,00	3.840,00	60%	6.144,00	17%	1.044,48
CANINHA 31	500ML 12X1	CXS.	380	7,00	2.660,00	60%	4.256,00	17%	723,52
CATUABA DONZELA	970ML 6X1	CXS.	285	9,00	2.565,00	60%	4.104,00	27%	1.108,08
CATUABA DONZELA	500ML 12X1	CXS.	90	6,00	540,00	60%	864,00	27%	233,28
PINGA NORDESTINA	600ML 12X1	CXS.	280	12,00	3.360,00	60%	5.376,00	17%	913,92
COQUINHO LICOROSO	500ML 12X1	CXS.	45	5,00	225,00	60%	360,00	27%	97,20
SOMA									4.120,48
C.FISCAL DESTACADO NA N°. FISCAL									374,40
ICMS RECº CONFORME DAE's À FL.08									608,64
C.FISCAL DESTACADO NA N°. FISCAL									3.137,44

Está previsto na legislação tributária que para se determinar a base de cálculo é indispensável que se demonstre nitidamente a mesma, com a indicação do critério adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao entendimento do sujeito passivo.

Na defesa fiscal o autuado não se contrapôs aos preços praticados pelo autuante para cálculo do imposto, haja vista que em seu recurso às fls. 51 a 52, concentrou sua defesa apenas na alegação de que as mercadorias objeto da lide já haviam sido incluídas em outros autos de infração.

Feitas estas considerações, observo que, em princípio, o Auto de Infração seria nulo porque o Termo de Apreensão às fls. 4 a 5 não está devidamente assinado pelo autuado. Contudo, não obstante ter sido demonstrado com clareza o cálculo da exigência fiscal, porém, tendo em vista que também existia no processo um vício formal caracterizado pela falta de indicação e comprovação da origem dos preços praticados no cálculo do débito, esta Junta na tentativa de sanear o processo, baixou o PAF em diligência, sendo, apresentada cotação de preços em data diversa da data do fato gerador, tudo conforme documentos às fls. 68 a 70.

Diante disso, ante a falta de comprovação da origem dos preços, impõe a nulidade do procedimento fiscal, por cerceamento de defesa, nos termos da Súmula nº 01 do CONSEF.

Ante o exposto, voto NULIDADE do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** Auto de Infração nº **297745.0112/03-5**, lavrado contra **ELIVAN SANTOS OLIVEIRA & CIA. LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA