

**A. I. N°** - 017484.0006/07-1  
**AUTUADO** - TOP GÁS COMÉRCIO E TRANSPORTE DE GÁS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ HENRIQUE SANTOS ABOBREIRA  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**INTERNET** - 25.09.08

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0165-05/08**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. MERCADORIAS EM TRÂNSITO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 09/11/2007 para exigir ICMS no valor de R\$1.309,00, acrescido da multa de 100%, em decorrência de mercadorias transportadas desacompanhadas de documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Ocorrências n° 115086, fl. 4.

O autuado, na defesa apresentada à fl. 10, relata que dos 110 botijões de gás que transportava, 40 tinham destino certo acobertados pela Nota Fiscal n° 1513 que anexa e os outros 70 botijões seriam para venda em veículo. Aduz que no momento da ação fiscal só havia 70 botijões no veículo, os quais, por descuido, teria deixado de emitir a nota fiscal de remessa para venda em veículo, pois os 40 já haviam sido entregues de acordo com a citada nota fiscal.

Ressalta que os produtos sob discussão estão sujeitos à antecipação do imposto e, portanto, com o mesmo já retido não teria motivos para deixar de emitir a documentação com a finalidade de evitar o pagamento do imposto e que este fato consistiu apenas num lapso e, por isto, solicita que a ação fiscal seja reavaliada à luz dos fatos trazidos ao processo, pedindo, por fim, a improcedência da ação fiscal.

A informação fiscal foi prestada com base no art. 127, § 2º do RPAF/99 (fls. 19 a 20), pelo Auditor Silvio Chiarot Souza, dizendo que não obstante o autuado alegar que 40 botijões teriam o suporte da Nota Fiscal n° 1513, restando sem documentação fiscal apenas 70 botijões, na ação fiscal foram contados 110 botijões mediante reconhecimento da gerente da empresa autuada o que lhe leva a perguntar: como poderia haver apenas 70 botijões se o autuante contou 110 com a anuência da gerente da autuada? Como haveria o autuante contado aqueles 40 inexistentes botijões? Aduz que mesmo considerando boa-fé no argumento de defesa, os 40 botijões saíram sem a nota fiscal que foi emitida. A seguir, levanta a hipótese de que a Nota Fiscal n° 1513 pode não ter qualquer relação com a operação sob análise.

Expõe que o fato de existir previsão legal para que seja procedida à substituição tributária não garante que ela tenha, efetivamente, sido efetuada. Acrescenta que o esquecimento de emitir documento fiscal não é justificativa suficiente para suprir a irregularidade admitida pela própria defesa.

Quanto à alegação defensiva de que o imposto ora exigido já tinha sido pago, argumenta que não há comprovação do pagamento e sim a juntada aleatória de notas fiscais o que no seu entendimento caracteriza apenas uma presunção do pagamento do ICMS por antecipação.

Por fim, pede a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em razão de mercadoria sendo transportada sem documentação fiscal com enquadramento legal no artigo 201, inciso I combinado com o artigo 39, inciso I, alínea “a” do RICMS-BA.

Em sua defesa, o autuado admitiu que ao ser abordado pela fiscalização, dos 110 botijões de gás, 70 estavam desacompanhados de documentação fiscal por serem destinados a venda em veículo e o motorista apenas possuía em seu poder a nota fiscal de saída nº 1513 para a entrega de 40 botijões, mas no momento da ação fiscal já havia efetuado essa entrega. Aduziu como principal argumento que, tratando-se de uma mercadoria com ICMS já antecipado, em momento algum teve intenção de lesar o Estado.

Do exposto acima, observo, de pronto, que o autuado confessa o cometimento da infração de estar transitando com mercadoria tributável desacompanhada de documentação fiscal, apenas divergindo quanto à quantidade da mercadoria em trânsito irregular. Neste ponto, vejo que o termo de apreensão de fl. 4, contendo assinatura de preposto do autuado como fiel depositário da mercadoria apreendida sem qualquer observação de inconformidade no flagrante, registra a quantidade de 110 botijões flagrados com o trânsito irregular na ação fiscal, o que automaticamente desacredita o argumento defensivo.

Quanto ao argumento defensivo de que o ICMS relativo às mercadorias apreendidas já tinha sido pago antecipadamente não pode ser acolhido em razão de que as mercadorias objeto da autuação foram apreendidas desacompanhadas de documentação fiscal e não há certeza nem provas nos autos de que tais mercadorias tiveram sua aquisição devidamente acobertada por documentos fiscais regulares e que efetivamente tiveram seu ICMS pago antecipadamente. Neste aspecto, cabe trazer ao caso as disposições do art. 123 do RPAF o qual expõe que a impugnação deve fazer acompanhar-se das provas que tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

Observo que em relação a determinação da base de cálculo que o art. 938, V, “b” do RICMS/BA, abaixo transcrito prevê que:

*Art. 938. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:*

*(...)*

*V - na fiscalização do trânsito:*

*(...)*

*b) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:*

*1 - o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual da margem de valor adicionado (MVA) correspondente, de acordo com as alíneas "a" a "g" do inciso I; ou*

*2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;*

Isto posto, verifico que o valor unitário da mercadoria autuada constante da nota fiscal de fl. 12 é R\$29,00 enquanto que o apontado pelo autuante é de R\$70,00. Na situação presente, embora estando as mercadorias apreendidas desacompanhadas de documento fiscal, sendo sujeita à substituição tributária e ainda que não haja prova de que teve tributação regular, observo que o lançamento está eivado de vício de nulidade, pois nele não está demonstrado como o autuante encontrou a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, nem ao menos fez demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido, elementos esses exigidos pelo art. 39, IV, “b” do RPAF, nem também fez o auto acompanhar-se do demonstrativo necessário à comprovação do fato argüido conforme prevê o § 4º, inciso II do art. 28 também do RPAF.

Assim, com base na Súmula 01, “ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 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”, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, devendo ser renovada a ação fiscal sem o vício apontado, aproveitando-se no que for possível os elementos desse processo.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **017484.0006/07-1**, lavrado contra **TOP GÁS COMÉRCIO E TRANSPORTE DE GÁS LTDA.**, devendo ser providenciada nova ação fiscal, isenta do vício nesta verificado.

Sala das Sessões do CONSEF 11 de setembro de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR