

A. I. Nº - 222516.0806/09-6
AUTUADO - IRONILDO TAVARES SILVA
AUTUANTE - AILTON DA SILVA CARVALHO
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 20. 05. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-01/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. O demonstrativo de débito elaborado pelo autuante não traz segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. É nulo o procedimento desprovido de elementos que determinem, com segurança, a base de cálculo do imposto, o cometimento imputado ao infrator. Constatado que o método utilizado pelo autuante para compor a base de cálculo, não encontra guarida na lei, dificultando o exercício do direito de defesa. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 07/08/2009, no trânsito de mercadorias, exige o ICMS no valor de R\$6.834,00, acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 222516.0808/09-9, lavrado em 07/08/2009 e acostado às fls. 06 e 07 dos autos.

O autuado, às fls. 22 a 28, apresenta impugnação tempestiva, através de seu advogado com procuração à fl. 32, informando, inicialmente, ser motorista e que, por ocasião da ação fiscal, realizava serviço de frete da empresa Boa Forma Ind. e Com. de Colchões LTDA. Esclarece que ao sair do estabelecimento comercial houve um equívoco na destinação das notas fiscais, sendo que, as notas fiscais que deveriam ir para o município de Barreiras, Bahia, foram enviadas para a cidade de Cruzeiro do Sul, Estado do Acre, e a de Cruzeiro do Sul passaram a acompanhar a carga com destino Barreiras, Estado da Bahia. Diz que sua argumentação pode ser comprovada pela juntada da sequência de notas fiscais, desde o número 0873 até 0894, fls. 45 a 66. Assevera que pegou as notas, e como se as mesmas estivessem corretas vinha realizando o seu trajeto, rumo ao seu destino na cidade de Barreiras, passando regularmente pelos postos fiscais do Goiás e Distrito Federal até chegar ao posto fiscal em que fora autuado.

Frisa que, ao contrário do que pretendeu o autuante, as mercadorias estavam acompanhadas com um documento fiscal, entretanto, houve um erro na saída do estabelecimento, quando este destinou erroneamente para a cidade de Barreiras, um documento fiscal de Cruzeiro do Sul, Acre. Acrescenta que o próprio fiscal carimbou a nota, que passou por dois postos fiscais anteriores, como pode ser verificado na Nota Fiscal nº 0882, anexo, fl. 54.

Afirma que, por isso, não houve descumprimento de obrigação principal, apenas um equívoco na saída das notas, que em nada afetam o recolhimento tributário, que é a obrigação principal.

Observa que a “descrição dos fatos” traçada no auto de infração mercadoria tributada desacompanhada de documento fiscal oriunda de

jamais transparece o que efetivamente ocorreu conforme estipula o artigo 39, III do RPAF. Enfatiza que, pelo fato da descrição não ter sido posta de forma “clara e precisa” está causando o cerceamento de defesa. Informa que o volume de colchões autuados não condiz com o constante no Auto de Infração, e sim, com a descrição das Notas Fiscais de números 0883, 0884 e 0885, fls. 55 a 57, que, efetivamente, descrevem as mercadorias transportadas e sobre as quais incidiram os tributos devidos, sendo recolhidos dentro dos prazos legais, conforme pode ser comprovado pela movimentação contábil das cópias das escritas fiscais da empresa Sono Shop, que é a destinatária do produto, responsável pelo recolhimento.

Diz que após autuação, não houve a emissão de nota fiscal avulsa com a correta descrição das mercadorias, sendo que essa seria a documentação hábil e imprescindível para acompanhamento da mercadoria apreendida sob a alegação de estar desacompanhada de documentação fiscal até o destino final, o que além de contrariar toda legislação fiscal deste Estado, dificulta sobremaneira qualquer tipo de defesa, seja ela administrativa ou judicial.

Requer que seja apresentada a nota fiscal avulsa por ocasião da informação fiscal do autuante, por entender que a confecção deste documento poderia indicar a idêntica quantidade de mercadoria apreendida e descrita nas efetivas notas, que deveriam ter sido enviadas para Barreiras.

Ressalta que o aplicador da legislação tributária, em especial com a arrecadação e fiscalização de tributos, deve ter uma atenção especial aos procedimentos administrativos, mormente com o lançamento tributário, já que o resultado a ser alcançado depende da forma como foi realizado, pois o ato de lançamento tributário de ofício deve ser praticado segundo as formas prescritas em lei. Arremata aduzindo que a forma deve ser como um dogma para a autoridade fiscal, vez que somente assim o seu ato estará revestido de legalidade estando apto a produzir efeitos jurídicos, o que efetivamente não ocorreu no presente auto de infração.

Afirma que de acordo com o art. 142, do Código Tributário Nacional - CTN, o lançamento como um procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Frisa que a melhor doutrina pátria entende que o lançamento é constitutivo do crédito tributário e declaratório da obrigação, por isso, o é perfeito e verdadeiro o entendimento de que o auto de infração apresenta natureza jurídica de um lançamento tributário, neste sentido, o lançamento não é um procedimento tributário como determina a lei, e sim, um ato administrativo.

Destaca a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto, como sendo os elementos necessários a excelência do ato administrativo. Esclarece que, consoante determinação expressa do art. 18, II, do RPAF/99 o cerceamento de defesa é causa de nulidade dos atos emanados por autoridades fiscais.

Assevera que a ausência de emissão do documento fiscal substitutivo, por parte do autuante cerceou a sua defesa, pois o mesmo não pode ter presente à fiel descrição da mercadoria que poderia ser utilizada como parâmetro para se confeccionar, se fosse o caso uma “carta de correção”. Acrescenta que a falta da emissão deste documento essencial que deveria descrever de forma precisa toda a mercadoria apreendida culminou em total cerceamento de defesa.

Conclui o autuado alegando que de acordo com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial dominante deverá ser decretada nulidade do Auto de infração, pois, segundo seu entendimento houve:

- a) o cumprimento da obrigação principal em sua integralidade;
- b) falta de uma correta descrição dos fatos efetivamente ocorrido, o que caracteriza o cerceamento de defesa;
- c) a presença de um documento fiscal (existente, porém com o carimbo pelos postos fiscais do DF e de Goiás, com carimbo do posto fiscal da Bahia;

d) a ausência de nota fiscal avulsa substitutiva, a qual seria o documento fiscal idôneo e hábil a acompanhar a mercadoria ora transportada do posto fiscal até a loja, e, além disso descreveria obrigatoriamente a real mercadoria apreendida e autuada.

O autuante em sua informação fiscal, fl. 47, esclarece que o Auto de Infração foi lavrado contra o Sr. Ironildo Tavares Silva, portador do CPF nº 445.691.905-10, com fundamento no inciso I, do art. 201, combinado com alínea “d” do art. 39, do RICMS/07.

Ressalta que no momento da ação fiscal, mesmo sendo apresentado um documento fiscal com destino diverso do adquirente/destinatário e, cujas mercadorias transportadas não sejam as mesmas constantes do documento apresentado nos itens quantidade e descrição dos produtos, ainda assim, o transportador estaria infringindo o inciso IV do art. 209 do RICMS/97 que considera inidôneo, fazendo prova apenas em favor do Fisco, o documento que contiver declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou contiver rasuras ou emenda que lhe prejudique a clareza.

Destaca que no presente caso, o transportador não apresentou, no transcurso da ação fiscal, documento fiscal algum condizente com a mercadoria transportada.

Informa que foi realizada a contagem física das mercadorias, acompanhada e na presença do transportador, tendo sido as mercadorias discriminadas consoante descrição constantes em etiquetas impressas nas mercadorias objeto da ação fiscal. Acrescenta que em seguida foram lavrados os documentos cabíveis para emissão do Termo de Apreensão e Ocorrência e do Auto de Infração que foram assinados pelo autuado.

Conclui opinando pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência do transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

Do exame das peças que constituem os autos, inicialmente, verifico que consta no Demonstrativo de Débito, fl. 04, a indicação da base cálculo, decorrente do somatório dos valores atribuídos a cada um dos itens das mercadorias apreendidas, cujas quantidades respectivas constam do Termo de Apreensão, fls. 06 e 07. Entretanto, não foram acostados aos autos quaisquer documentos que revelem ou demonstrem a obtenção dos valores unitários ou preço de cada um dos itens das mercadorias apreendidas.

Assim, verifico que não foram carreados aos autos, nem mesmo por ocasião da informação fiscal prestada pelo autuante, fl. 72, a forma de apuração e a origem dos preços unitários atribuídos às mercadorias apreendidas para determinação da base de cálculo, ou seja, inexistem nos autos a demonstração do valor arbitrado pelo fisco para determinação do preço atribuído às mercadorias apreendidas.

Por se tratar de matéria com estrita reserva legal, consoante determinação do inciso IV do art. 97, do Código Tributário Nacional – CTN, a fixação da base cálculo deve obedecer, sempre, a critérios expressamente previstos em lei. No caso presente, em que fora constado no trânsito o transporte de mercadorias sem a correspondente emissão do documento fiscal, o Art. 22, Lei 7.014/96, preceitua que a autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real. E, especificamente, na hipótese de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, os itens 1 e 2 da alínea “b” do inciso V, do supra referido artigo, estatui expressamente os critérios que devem ser adotados para a obtenção da base de cálculo. No presente caso, além de não adotar os critérios legalmente preconizados, o autuante não demonstrou como foi apurada a base de cálculo utilizada na exigência fiscal, ora em lide.

Nos moldes como foi fixado o *quantum debeatur* da infração imp demonstração que confirme o preço arbitrado, restou evidenciado no

efetuado sem a observação de um dos requisitos essenciais à determinação com segurança do crédito fiscal exigido.

Assim, entendo que a falta de clareza na apuração do montante do débito tributário apontado como gerador da imposição aplicada ao sujeito passivo, implica ofensa ao direito do contribuinte do exercício de ampla defesa, pela incerteza do que a ele esteja sendo imputado, acarretando a nulidade do Auto de Infração, como expressamente determina o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99.

Destaco ainda que a matéria em questão é pontificada pela Sumula nº 01 do CONSEF, a seguir reproduzida:

SÚMULA Nº 1 “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.

Diante do exposto voto pela NULIDADE do Auto de Infração, cabendo à repartição fiscal programar nova ação fiscal para que seja feito o lançamento a salvo de falhas, em obediência ao determinado no art. 21 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **222516.0806/09-6**, lavrado contra **IRONILDO TAVARES SILVA**. Recomenda-se que a autoridade competente verifique a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA