

A.I. Nº - 128836.0003/09-7
AUTUADO - EDICEU ALVES SOUZA FILHO.
AUTUANTE - FERNANDO CARLOS DA COSTA BOTELHO
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 15.06.2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0136-01/10

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. O processo foi convertido em diligência, mas não foi sanada a irregularidade. 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, lavrado em 15/05/2009, para exigir ICMS no valor de R\$ 2.270,90 acrescido da multa de 100%, decorrente da utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação, infração detectada em blitz volante na região, conforme termo de apreensão 303.705 à fl. 04 do auto.

A empresa Passos e Andrade Ltda, CNPJ 08.018.282/0001-66, destinatária e fiel depositária das mercadorias, figura no presente processo como impugnante, às fls. 25 a 28, apresenta defesa tempestiva ao presente auto, baseada nos seguintes argumentos:

Diz que no dia 14 de maio de 2009 o veículo tipo truck, placa JMX-1172 SE, que transportava mercadorias descritas nas notas fiscais número 02375 e 02376, emitidas pela empresa Destaque Distribuidora de Materiais de Construções Ltda, localizada no município de Estância – Sergipe, chegou a Salvador às 19 horas, encontrando os destinatários das mercadorias com as portas fechadas.

Tendo que prosseguir viagem o motorista deixou a mercadoria em uma garagem providenciada pela requerente para ser entregue no dia seguinte como de fato ocorreu.

No momento em que estava carregando o veículo de placa MVR 5133/BA, de propriedade de Ediceu Alves Souza Filho, CPF 275.481.648-21, contratado para fazer a entrega da mercadoria aos destinatários, volante do Fisco solicitou as notas fiscais, que apresentadas foram caracterizadas como inidôneas.

Afirma ser a ação descabida, pois as notas fiscais seriam legítimas e autênticas não se enquadrando em nenhuma das exigências previstas no artigo 44, II do RICMS/BA, que só considera inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades forem de tal ordem que o tor que se destine.

Aduz que as notas fiscais estão anexadas ao processo, à disposição deste CONSEF e que não acobertavam operação ou prestação mais de uma vez, e que a entrega das mercadorias ocorreram em datas diferentes das previstas, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Junta declarações do proprietário do espaço cedido para guarda das mercadorias durante pernoite e da empresa emitente das notas fiscais confirmando a ocorrência destes fatos.

Finaliza, dizendo que diante dos esclarecimentos prestados por seu representante legal, espera que se faça justiça julgando o auto de infração improcedente.

O autuante, à fl. 45, informa que o Auto de Infração foi lavrado contra a pessoa do transportador, por terem sido consideradas inidôneas as notas fiscais 2375 e 2376 emitidas em 13/05/2009 pela empresa Destaque Distribuidora de Materiais de Construção Ltda, localizada na cidade de Estância-Sergipe.

Esclarece que a empresa Passos e Andrade figura no processo como impugnante e fiel depositária das mercadorias, e apresenta defesa alegando que as mercadorias foram apreendidas por terem saído da cidade de Estância dia 14 de maio de 2009, no veículo placa policial JMX 1172 e ao chegarem em seu destino em Salvador, às 19:00, o estabelecimento comercial estava fechado, razão pela qual as mercadorias teriam sido deixadas em um depósito de terceiro, sendo reembarcadas em outro veículo de placa MVR 5133/BA, no dia seguinte, para entrega ao destinatário original, ocasião em que foi interceptado pela fiscalização volante da SEFAZ.

Diz que analisando as peças acostadas ao processo, verifica que as alegações da impugnante explicam apenas a defasagem de horários e veículos, mas não se pronuncia sobre a divergência de quantidade e especificações das mercadorias transportadas no veículos e aquelas constantes das notas fiscais originais, conforme consignado no Termo de Apreensão, afirmando que tudo leva a crer tratar-se de depósito clandestino, o local de onde saíram tais mercadorias, na cidade de Salvador.

Conclui, propugnando pela manutenção da autuação fiscal.

Considerando a falta de clareza na apuração da base de cálculo do lançamento fiscal, em sessão de julgamento pela 5ª JJF foi deliberado a conversão do processo em diligência à IFMT de origem, para que o autuante procedesse à regularização, conforme fl. 49.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da exigência de ICMS, tendo em vista que o autuado transportava mercadorias desacompanhadas de notas fiscais idôneas, considerando que a descrição e quantidades das mercadorias encontradas no veículo, conforme descritas no termo de apreensão número 303705 (fls. 04) é divergente daquelas descritas nas notas fiscais 2375 e 2376 (fls. 08 e 09), apresentadas à fiscalização.

Analisando os elementos que compõem os autos, constatei que as notas fiscais 2375 e 2376 emitidas em 13/05/2009, pela empresa Destaque de Materiais de Construção Ltda, possui como destinatário Maria Giselda P. Mendonça, Inscrição 44.334.255, estabelecida na cidade de Simões Filho/Bahia, constando os seguintes produtos: Porta Almofada em Melanciaeira – 3.080 metros cúbicos; Janela de Almofada Tavari - 780 metros cúbicos e Porta de Interior Semi Oca em Madeira - 40 unidades.

Consta do Termo de Apreensão e Ocorrências (fls. 13/14), devidamente assinado pelo autuado as seguintes mercadorias: Porta Prensada com almofada 2,10 x 0,70 m - 115 unidades; Porta Prensada Lisa 2,10 x 0,70 - 105 unidades; Porta Prensada Lisa 2,10 x 0,60 - 12 unidades. nortanto as mercadorias apreendidas como prova do ilícito fiscal divergem totalmente daque acima citadas.

No entanto, o art. 142 do CTN estabelece que no lançamento cabe à autoridade fiscal calcular o montante do tributo devido. Obviamente, em observância ao princípio da garantia à ampla defesa, plasmado no art. 2º do RPAF/99, tal cálculo deve ser consubstanciado em demonstrativo e/ou documento juntado aos autos, o que não ocorreu. Igualmente, o parágrafo 1º do art. 18 do RPAF/99 estabelece que as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente.

Em cumprimento a disposição supra citada, em sessão de julgamento realizada em 13/08/2009, submetido a 5ª JJF, ficou decidido que o PAF deveria ser convertido em diligência a IFMT de origem para que o autuante procedesse à regularização (fl. 49). Entretanto, auditor estranho ao feito, em resposta ao solicitado, respondeu nos seguintes termos conforme fl. 50: “ficou constatado que o Auditor Fiscal autuante, não anexou ao auto a devida memória de cálculo e verificando as peças processuais, constatou-se que os valores utilizados no demonstrativo de débito, não correspondem em nenhum momento aos valores dos orçamentos anexados, dificultando o conhecimento do verdadeiro valor considerado no referido Auto de Infração”.

Assim, verifico que não foram carreados aos autos, nem mesmo por ocasião da informação fiscal prestada pelo autuante, fl. 45, qual o preço unitário, dentre os orçamentos coletados, fls. 10/12, foi utilizado para apuração dos valores 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 para formalização do crédito tributário.

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 de cálculo deve obedecer, sempre, a critérios expressamente previstos em lei. No caso presente, em que fora constatado 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 imputada, ante a inexistência de demonstração que confirme o preço arbitrado, restou evidenciado nos autos que o lançamento foi efetuado sem a observação de 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, ao passo que, represento a autoridade fazendária da INFAZ de origem para instaurar novo procedimento fiscal, para que sejam refeitos os lançamentos em outro Auto de Infração, a salvo de falhas, a teor do disposto no art. 21 do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **128836.0003/09-7**, lavrado contra **EDICEU ALVES SOUZA FILHO**. Recomenda-se que a autoridade competente verifique a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR