

A. I. N° - 210382.0013/09-0  
AUTUADO - CARDOSO MIRANDA MOTO PEÇAS LTDA.  
AUTUANTE - JORAMA RABELO MACHADO  
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE  
INTERNET - 09.07.2010

## 1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0170-01/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. ARBITRAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, 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 em epígrafe, lavrado em 03/11/2009, imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de realização de operação de circulação de mercadorias desacompanhada de documentação fiscal, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 11.187,40, acrescido da multa de 100%. Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração: “Venda em veículo-Mercadorias tributadas expostas a venda sem documentação fiscal, transportada no veículo placa policial n. JOZ 8913-DF. Conduzido ao Posto Fiscal o qual apresentou após a ação fiscal a n.fiscal de n.000004 datada de 26/10/2009 e o talonário de nº 000001 a 00050 com última data de emissão de 13/10/2009 n.fiscal de nº 00013, notas fiscais estas totalmente em desacordo com a carga transportada.”

O autuado apresentou defesa às fls. 16 a 18, dizendo que a autuação decorreu do fato de estar transportando mercadorias em seu veículo sem as correspondentes notas fiscais, contudo, que tal fato não quer dizer que as referidas mercadorias não possuíam documentação fiscal. Alega que por ocasião da lavratura do Auto de Infração foi constatado que o condutor do veículo havia deixado a documentação fiscal no setor fiscal da empresa e levava outras notas fiscais que não estavam relacionadas com a mercadoria transportada, existindo apenas uma nota fiscal que correspondia a uma parte da mercadoria que, inclusive, foi apensada ao processo.

Alega que agiu de boa-fé, tendo ocorrido apenas apresentação de notas fiscais equivocadas para a mercadoria transportada, pois prontamente as notas fiscais foram trazidas do local onde foram esquecidas e apresentadas ao Fisco.

Cita e transcreve lição de Samuel Monteiro sobre o Auto de Infração, para afirmar que pautado nos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, o autuante poderia ter feito uso deles no tocante à lavratura do Auto de Infração, pois não cometeu atos irregulares que trouxessem prejuízos à Fazenda Pública estadual.

Diz que inocorreu o fato gerador, tanto do imposto quanto da multa, tendo ocorrido na realidade, um equívoco pautado na sua boa-fé, conforme a nota fiscal das mercadorias transportadas.

Frisa ainda que a aplicação da multa é equivocada, pois o autuante utilizou como base de cálculo o preço das mercadorias objeto da autuação no mercador varejista, também chamada de venda de balcão, contudo, a empresa não pratica tais preços de varejo, por seu o seu objeto a venda no atacado, justamente para que os seus clientes possam aplicar o valor de venda de balcão. Acrescenta que a base de cálculo é exorbitante e não condizente com a realidade.

Conclui dizendo que está anexando as Notas Fiscais n.s 000006 a 000009, para comprovar as suas alegações sobre a conduta da empresa. Requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou insubsistente.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 29 a 33, na qual contesta os argumentos defensivos afirmando que, em nenhum momento da ação fiscal foi apresentada a documentação fiscal que comprovasse a licitude dos atos praticados. Afirma que as cópias das Notas Fiscais n.s 000006 a 000009 jamais chegaram ao seu conhecimento, salvo na defesa apresentada.

Salienta que a alegação defensiva é de que entregou as notas fiscais no Posto Fiscal e não ao autuante, e mesmo que assim fosse inexiste qualquer recibo ou protocolo. Registra ainda que a Nota Fiscal n. 000004 apresentada no momento da ação fiscal tem data de emissão de 26/10/2009 mesma data de saída, anexada à fl. 06, inexistindo qualquer correspondência com as mercadorias transportadas.

Ressalta que as cópias das Notas Fiscais n.s 000006 a 000009 juntadas pelo impugnante não seguem uma seqüência de numeração, data de emissão e data de saída. Diz que a Nota Fiscal n. 00006 tem data de emissão/saída de 26/10/2009, ao tempo em que as três últimas, no caso, 00007, 00008 e 00009, emitidas em 27/10/2009, possuem data de emissão e saída posterior à data de emissão da nota fiscal apresentada, a de nº 00004.

Invoca o art. 632, inciso II, do RICMS/BA, para afirmar que o trânsito ou porte irregular de mercadoria não se corrige com a posterior emissão de documento fiscal se a emissão ocorrer depois do início da ação fiscal.

Reportando-se à base de cálculo, esclarece que por ser o autuado única empresa atacadista no município e por se encontrar o seu concorrente noutro Estado, no caso, Pernambuco, optou pelo arbitramento com fulcro no artigo 937, incisos IV, V e VII c/c o art. 939, inciso II, do RICMS/BA, conforme planilhas às fls. 08 a 10, sendo elaborada com a anuência do representante legal da empresa que participou da elaboração das mesmas, em conformidade com o art. 39, inciso I, alínea “d” do RICMS/BA, que reproduz.

Prosseguindo, contesta o argumento defensivo relativo ao fato gerador afirmando que a lei é clara ao determinar que ocorre o fato gerador do imposto, nas operações internas, no momento da saída de mercadoria de estabelecimento do contribuinte, sendo que, no caso em discussão, as mercadorias foram postas em circulação e apreendidas no trânsito, por se encontrar em situação fiscal irregular.

Quanto à alegação defensiva referente à multa, diz que as infrações estão previstas no ordenamento jurídico-legal tributário que compõem a legislação do ICMS do Estado da Bahia.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

Constam às fls. 37 a 39, petição juntada pelo contribuinte, contendo os mesmos termos da defesa inicial, contudo, com encaminhamento para este CONSEF e não o Inspetor Fazendário.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em lide, sobre o cometimento pelo autuado de infração à legislação do ICMS, decorrente de realização de operação de circulação de mercadoria, desacompanhada da documentação fiscal exigível.

A princípio, verifico que a infração encontra-se claramente descrita no Auto de Infração, não permitindo qualquer dúvida sobre a imputação, ou seja, a operação estava sendo realizada sem a documentação fiscal exigível, tendo sido apurada no trânsito de mercadorias.

Observo também que a base de cálculo foi arbitrada conforme manual RICMS/BA, abaixo reproduzido:

*“Art. 937. A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes:*

(...)

*VII - transporte desacompanhado dos documentos fiscais ou acompanhado de documentação inidônea;”.*

Ocorre que, nos termos do art. 938, inciso V, alínea “b”, 1 e 2, do RICMS/BA, cabe ao Fisco utilizar um dos métodos nele estabelecidos para arbitramento da base de cálculo do ICMS, conforme abaixo:

*“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;*

No presente caso, o próprio autuante esclareceu na informação fiscal que por ser o autuado única empresa atacadista no município da ocorrência e por se encontrar o seu concorrente noutro Estado, no caso, Pernambuco, optou pelo arbitramento com fulcro no artigo 937, incisos IV, V e VII c/c o art. 939, inciso II, do RICMS/BA, conforme planilhas às fls. 08 a 10, sendo elaborada com a anuência do representante legal da empresa que participou da elaboração das mesmas, em conformidade com o art. 39, inciso I, alínea “d” do RICMS/BA.

Ora, a análise das planilhas de fls. 08 a 10 mencionadas pelo autuante, permite constatar que inexiste qualquer demonstração do critério ou método adotado pelo autuante, assim como a fonte e demais dados necessários ao entendimento do levantamento.

Na realidade, verifica-se nas planilhas a relação das mercadorias com a indicação de preços cuja origem não é esclarecida, inclusive, com a aplicação de MVA, que é inaplicável caso se trate de preço de venda a varejo.

Ademais, apesar de o autuante ter afirmado que o levantamento foi realizado com a anuência do representante legal da empresa que, inclusive, teria participado da elaboração das planilhas, não consta nos referidos levantamentos a indispensável assinatura do citado representante confirmando as quantidades e os preços apontados.

Em verdade, a insurgência do impugnante quanto à base de cálculo infirma o que foi dito pela Fiscalização com relação à participação de representante legal da empresa na elaboração das planilhas, mesmo porque não há nos autos qualquer documento assinado pelo referido preposto da empresa.

É certo que a base de cálculo do imposto representa a dimensão material do tributo, sendo essa demonstração que oferece os critérios para mensurar o fato tributário imponível. A indispensabilidade de clareza da forma como foi apurado o débito é decorrência dos princípios da legalidade e da verdade material, devendo os atos do autuante ser pautado no contido no art. 142 do Código Tributário Nacional-CTN, assim como, no art. 39 do RPAF/9<sup>a</sup> ~~anexo I~~ a demonstração dos cálculos e a informação dos métodos utilizados para determinar a elementos de primordial relevância para validação do ato de lançamen

Nesse sentido o CONSEF, através de sua Câmara Superior editou a Súmula CONSEF Nº 01, cuja ementa diz o seguinte:

“CÂMARA SUPERIOR. SÚMULA CONSEF Nº 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.”

Assim, tendo em vista que a falta de demonstração da base de cálculo, bem como a falta da perfeita identificação do método aplicado para a apuração do tributo, são fatores que, de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, levam à nulidade dos procedimentos fiscais, por inobservância do devido processo legal e cerceamento do direito de defesa, considero nulo o presente lançamento de ofício.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 210382.0013/09-0, lavrado contra **CARDOSO MIRANDA MOTO PEÇAS LTDA**. Recomenda-se a repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme o art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR