

A. I. N° - 219157.0705/10-0  
AUTUADO - FREDERICO DE SOUZA GOMES  
AUTUANTE - MANOEL MESSIAS LACERDA  
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL  
INTERNET 04.04.2011

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0043-05/11**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. É nulo o lançamento efetuado sem que se saiba qual a natureza ou fundamento da imputação e qual o critério adotado na determinação do valor do débito. Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte com alegação de que a contagem do estoque havia sido efetuada por estimativa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/07/2010, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$4.178,31, acrescido da multa de 100%, em decorrência de ter sido constatado o transporte de mercadorias sem documentação fiscal, descarregadas no estabelecimento comercial do autuado. Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 120823 à fl. 06.

O autuado apresenta defesa, às fls. 16 a 18, dizendo que o Terno de Ocorrência e Depósito foi assinado por preposto nele identificado, sem conferir a quantidade de mercadoria apreendida, sem que fossem contados os sacos de cacau em amêndoas apreendidos, afirma que foi feita uma estimativa da quantidade de 60 sacos, quando na verdade, havia no local um total de 49 sacos, contados na presença de duas testemunhas. Aduz que não foi solicitada no ato da contagem a documentação da referida mercadoria, que se encontrava devidamente documentada, através das notas fiscais de entrada, anexas, ( nº 0006, 0007 e 0008) datadas de 21/06/2010, 08/07/2010 e 19/07/2010. Entende que descabe a autuação na quantidade estimada de 60 sacos, bem como a alegação de que as mercadorias encontradas no estabelecimento comercial estavam sem a documentação fiscal de origem.

Frisa que no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos consta como descrição dos fatos determinantes para a apreensão, o fato das mercadorias terem sido encontradas no estabelecimento comercial sem a documentação fiscal de origem, mas, que na descrição dos fatos consta que a mercadoria estava sendo descarregada no estabelecimento comercial identificado sem a correspondente documentação fiscal de origem, havendo uma contradição, porque “transporte de mercadorias sem documentação fiscal” é diferente de “mercadorias encontradas no estabelecimento comercial sem a documentação fiscal de origem, infringindo a legislação do ICMS do Estado da Bahia”, pede esclarecimentos sobre a referida contradição, sem prejuízo da defesa.

Argumenta que houve emissão de nota fiscal de entrada da mercadoria no estabelecimento, e que a mesma não foi solicitada, e que não fora devidamente contada a mercadoria apreendida.

Entende que o fato de a nota fiscal não ter sido apresentada no ato da notificação, não importa afirmar que a mercadoria apreendida encontrava-se de forma irregular porque a documentação existente comprova a origem da mercadoria, descharacterizando os motivos alegados para imposição de multa, bem como do valor do imposto cobrado.

Conclui dizendo que é incabível o Auto de Infração apresentado.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 33 a 38, reproduz as alegações da defesa, aduz que a ação fiscal foi realizada no estabelecimento do autuado quando foram encontrados 60 sacos de cacau em amêndoas sem a documentação fiscal correspondente.

Informa que a contagem da mercadoria foi realizada por preposto do autuado acompanhado de ajudantes, após a chegada do contador da empresa e que o Termo de Apreensão foi assinado após conferência e concordância do contador.

Frisa que, ao iniciar a ação fiscal solicitou os talões de notas fiscais em uso e as notas fiscais concernentes à aquisição de cacau em amêndoas, tendo sido apresentado apenas o talão de nota fiscal, série D-1, diz que a obrigação tributária não foi cumprida pelo autuado e esta falta teve como consequência a lavratura do presente auto de infração. Transcreve o art.142, incisos IV e VIII, que tratam da obrigação de exibir livros e documentos fiscais por parte do contribuinte.

Salienta que os documentos não foram apresentados e, caso fossem, estavam irregulares e passíveis de autuação, pois sendo a mercadoria "cacau em amêndoas" sujeita ao regime de diferimento, o prazo para recolhimento seria o momento da saída do produto, de acordo com o §1º do artigo 348 do RICMS, e a mercadoria foi adquirida e transportada do produtor para o autuado (emitente da nota fiscal de entrada). Aduz que, por este motivo, as notas fiscais deveriam estar acompanhadas dos seus respectivos DAE.

Esclarece que a divergência na descrição contida no Termo de Apreensão com a contida no Auto de Infração, se verificou porque a lavratura do Auto de Infração é informatizada e complementar à lavratura do Termo de Apreensão, lavrado de forma manuscrita, e que prevalece a descrição contida no Mencionado Termo.

Explica que a expressão encontrada no Auto de Infração, "mercadoria sendo descarregada no estabelecimento comercial identificado sem a correspondente documentação fiscal de origem", referiu-se ao flagrante presencial de comercialização de cacau sem a emissão de nota fiscal de entrada, visto que a empresa estava funcionando e em plena atividade de compra de cacau no momento da visita fiscal. E, quanto a expressão "transporte de mercadorias sem documentação fiscal" ressalta que essa foi a conclusão do próprio sistema emissor de Auto de Infração. Acrescenta que foi uma referência quanto ao fato de que as mercadorias foram depositadas na empresa, após serem transportadas sem documentação fiscal de origem. Diz que o entendimento não foi o de que as mercadorias estivessem em algum veículo transportador.

Reproduz o art. 911 do RICMS/97 e parágrafos, para reafirmar que foram praticadas irregularidades em relação à legislação do ICMS pelo autuado e que a ação fiscal foi executada dentro da estrita legalidade.

Informa que o valor da mercadoria foi obtido através do representante do autuado.

Quanto à alegação de inocorrência do fato gerador, transcreve o inciso IV do §3º do 2º artigo do RICMS/97, dizendo que tal dispositivo determina como fato gerador a entrada de mercadorias não registradas.

Aduz que, no sentido de esclarecer ao autuado, foi elaborada planilha demonstrativa da base de cálculo e do ICMS reclamado, a qual foi calculada de acordo com o disposto na Instrução Normativa nº 08/88.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O autuado foi intimado para tomar ciência da informação fiscal e receber cópia dos novos demonstrativos elaborados pelo ATE, bem como da concessão do prazo de 10 dias para pronunciamento, se quisesse.

O autuado apresenta manifestação às fls. 46 a 48, reitera as alegações de defesa, aduz que não havia motivo para a lavratura do Auto de Infração pela entrada de mercadorias não registradas, porque não houve fato gerador, não procedendo à alegação de que as mercadorias encontradas neste estabelecimento comercial estavam sem a documentação fiscal de origem, alega que, inclusive, já estava sendo providenciado junto à contabilidade da empresa, o documento de arrecadação do imposto devido.

.Salienta que a mercadoria não foi devidamente contada e que a alegação de que o signatário do Termo de Apreensão pediu ajuda para conferir a mercadoria não procede, e que o seu preposto apenas juntou os sacos que estavam dentro do estabelecimento, distribuídos em locais diferentes, juntando-os a pedido do próprio fiscal, para este fazer a estimativa, e que os ajudantes prestaram ajuda para colocar alguns sacos sobre outros, formando uma pilha de sacos desordenada, impossível que se pudesse fazer uma estimativa com o número preciso de quantidade de sacos ali encontrados.

Enfatiza que descabe a presunção de que o art. 201, I, combinado com art. 39, I. “d” do RICMS, aprovado pelo decreto 6.284/97, tipificado no artigo 42, IV, “a”, da Lei 7.014/96, que pudesse estar em consonância com o ocorrido de fato. Não havendo infração de “situação irregular pela falta de documentação fiscal”, nem a quantidade apreendida condiz com a realidade.

Ressalta que a ausência da apresentação da nota fiscal ocorreu pelo fato de não ter havido tempo para um contato com o responsável pela guarda da documentação, afirma que o próprio preposto fiscal notificante informou que estava em diversas diligências, que “estava com muita pressa”, utilizando-se somente dos dados alegados para emitir a notificação.

Enfatiza que por lei, só se deve tributar quando há um fato gerador, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que a documentação apresentada comprova a origem da mercadoria, não há, portanto, os motivos alegados para imposição de multa, bem como do valor do imposto cobrado não está de acordo a quantidade de mercadorias apreendidas.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante não mais se pronunciou nos autos.

## VOTO

Inicialmente, não acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, com a alegação que a contagem do estoque não estaria correta porque foi feita por estimativa. O autuante informou que a contagem das mercadorias apreendidas foi realizada sob o acompanhamento de prepostos do contribuinte. Analisando o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos constato que o mesmo encontra-se assinado por representante do sujeito passivo, reconhecendo a existência de 60 sacos de cacau em amêndoas no estoque do contribuinte autuado.

Saliento que, assiste razão ao sujeito passivo, quanto à arguição de contradição dos motivos determinantes para apreensão.

Examinando as peças processuais, verifico que no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos colacionado à fl. 06 dos autos consta como descrição dos fatos: “**mercadorias**

*descarregadas no estabelecimento comercial sem a documentação fiscal de origem,”* e a imputação consignada no Auto de Infração é de “*transporte de mercadorias sem documentação fiscal,*” demonstrando uma impropriedade do fato efetivamente ocorrido, posto que, pelo que consta do referido Termo, as mercadorias já se encontravam no estoque do estabelecimento do contribuinte. Na forma procedida pelo autuante houve mudança do fulcro da infração, pois a ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento comercial do sujeito passivo e não no trânsito de mercadorias, consoante ficou subentendido, no Auto de Infração.

Embora o contribuinte tenha, de fato, pautado sua defesa em relação a mercadorias descarregadas no estabelecimento comercial, nesta situação, a lide não pode prosseguir tendo em vista a verificação de vício que inquina o lançamento de absoluta nulidade, uma vez que haveria mudança do fulcro da autuação e este Colegiado tem por dever observar o princípio constitucional do devido processo legal.

De outro lado não consta nos autos planilha de cálculo demonstrando cabalmente de que forma o autuante apurou a base de cálculo e o valor do imposto consubstanciado no Auto de Infração.

Concluo que, no caso em exame, nos moldes como foi descrita a ocorrência infracional apurada, e em decorrência da ausência da memória de cálculo especificando como se encontrou a base de cálculo e o valor do crédito tributário lançado, ficou caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria. Por isso, com base no art. 18, II e IV, “a” do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), fica decretada a nulidade da autuação fiscal. Represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas, conforme art. 156, do RPAF/99. Registro, porém, que antes de iniciado o novo procedimento fiscal, aqui recomendado, o sujeito passivo poderá efetuar o pagamento do imposto, se acaso devido, de forma espontânea.

O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. É nulo o lançamento efetuado sem que se saiba qual a natureza ou fundamento da imputação e qual o critério adotado na determinação da base de cálculo e do valor do imposto lançado.

Portanto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 219157.0705/10-0, lavrado contra **FREDERICO DE SOUZA GOMES**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2011.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA