

A. I. Nº - 152624.0094/11-6
AUTUADO - M S A SERVIÇOS DE COLETA LTDA.
AUTUANTE - ROSÂNGELA AMARAL DA SILVA
ORIGEM - IFMT SUL
INTERNET - 05/04/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0043-03/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vícios jurídicos que afetam a sua eficácia, tendo em vista que foi indicado como infração o transporte de mercadorias sem documentação fiscal, o que não corresponde ao levantamento fiscal realizado. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada e a base de cálculo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/07/2011, refere-se à exigência de R\$61.495,12 de ICMS, acrescido da multa de 100%, pelo transporte de mercadorias sem documentação fiscal, constando, na descrição dos fatos que foi apurado o estoque de 3.512 m³ de brita e não foi apresentada nota fiscal comprobatória da origem da mercadoria, que se encontrava no estabelecimento autuado.

O autuado apresentou impugnação às fls. 131 a 144 do PAF. Suscita nulidade do Auto de Infração, alegando inexistência de justa causa para a sua lavratura, por inocorrência de qualquer ilicitude. Diz que é da Constituição Pátria, a garantia do direito de defesa, tanto na fase administrativa como na judicial. Reproduz o art. 5º inciso II da Constituição Federal, e que, inexistindo justa causa para a lavratura do auto de infração, nula se apresenta a proposta de lançamento. O defendente assegura que não vulnerou os dispositivos legais inseridos no auto de infração. Que não há como prosperar a pretensão do autuante, pela falta de justa causa para a instauração da ação fiscal. Salienta que de acordo com o Código Tributário Nacional, o lançamento é 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. Comenta sobre os requisitos do Auto de Infração, dando ênfase ao requisito que mais enseja a nulidade de autos de infração lavrados, em decorrência de vícios formais constatados, que é o requisito da “fiel descrição do fato infringente”. Ressalta que o ato administrativo de lançamento tributário de ofício deve ser praticado de acordo com as formas prescritas na lei e, dentre as exigências formais mais comuns, estão as da lavratura dos termos próprios para delimitar a ação fiscalizatória, a fundamentação legal do lançamento, a descrição correta da infração, a observância dos prazos da ação fiscal, o uso do instrumento material adequado para corporificar o lançamento, entre outras. Alega que no caso em tela, houve equívoco cometido por técnico, com a homologação de auditor sem identificação, que ao revisar a exação fiscal, persistiu no mesmo erro. Salienta que deve constar da peça acusatória no tocante a descrição do fato, uma linguagem jurídica adequada para estabelecer uma relação jurídico-tributária, haja vista que no instante em que a linguagem jurídica utilizada não descreve o fato infringente com clareza, o lançamento deve ser cancelado sem a apreciação de mérito. Dessa forma, antes da apreciação do mérito, entende que o julgador deve analisar a descrição do fato com bastante cautela, tendo em vista que a mesma, contendo omissão ou incorreção, que juntamente com as peças acostadas aos autos, não serão capazes de determinar com segurança a natureza da infração, diante da

tipificação apresentada. Diz que se verifica, na prática reiterada, que em muitas peças acusatórias os auditores fiscais descrevem o fato infringente incompletamente, sem se preocupar com a importância de tal descrição, a qual é elemento indispensável para aplicação da norma, importando-se apenas com o dispositivo para o enquadramento. Que os auditores, na hora da descrição do fato, economizam em palavras e, dessa forma, quando muito, conseguem descrever a infração de uma forma que caracteriza apenas uma simples obrigação acessória. Observa que a legislação estadual apontada considera como “devedor solidário os transportadores”; (art. 39. I, “d”, da Lei nº 7014). Salienta que em relação à expressão “devedor solidário” (transportadores), significa que o autuado deveria estar realizando algum tipo de transporte de mercadoria, enquanto o que se vê é um estoque em depósito, cujo levantamento específico, para sua correção, está condicionado à existência tanto do estoque anterior como do estoque final. Assegura que este fato será comprovado mediante perícia requerida, para averiguar os livros contábeis, o estoque físico e as notas fiscais de saída com o recolhimento do imposto. Transcreve o art. 39, I, “d” do RICMS/BA, e alega que o defendente não se enquadra na situação apontada. Relativamente ao estoque apurado, referido na ação fiscal, alega que escapou da obrigação da empresa e passou a ser obrigação da fiscalização estadual a sua contagem física. Contagem essa realizada no interior do estabelecimento autuado, em demonstrativo elaborado pelo autuante, dando-se ciência da referida apuração do estoque. Citou como exemplo o levantamento específico de aparelhos de televisão, dizendo que, para sua perfeição, não basta se restringir somente ao modelo de televisão, sendo necessário que se demonstre a marca, ano de fabricação, modelo e polegadas. Isso vale tanto para o estoque inicial, as entradas e saídas, e o estoque final dessas mercadorias. Observa que não se pode misturar as coisas, televisão de uma marca com outra marca; televisão de fabricação de 1999 com a de fabricação do ano 2000; televisão de 16 polegadas com a de 20 polegadas, isso porque os preços são infinitamente diferentes, e interferem na apuração da base de cálculo e no resultado final dos trabalhos. Diz que isso não foi feito nos demonstrativos, tampouco no estoque final existente, não há como provar a materialidade de qualquer infração à legislação tributária, em face de imprestabilidade dos levantamentos fiscais anexados ao auto de infração, uma vez que no estoque constam pó de pedra, gravilhão e britas em diversas granulometria. Alega que, da maneira como se realizou o levantamento fiscal, tornou-se obra do acaso, fictícia, imaginária da fiscalização estadual, eis que não foi procedido o levantamento do estoque final no interior do autuado, para dar sustentação de validade aos demonstrativos que acompanham a ação fiscal. Afirma que, a autoridade lançadora, ao oferecer as incertezas de que trata o presente auto de infração, maculou sua pretensa obra, eis que os demonstrativos que poderiam oferecer suporte ao auto de infração nenhuma validade jurídica possuem. Cita ensinamentos de Samuel Monteiro em relação ao Auto de Infração, e afirma que não há como oferecer sustentação ao presente auto de infração, dizendo que não tem alicerce nem mesmo na legislação do Estado. Diz que o autuante também negou vigência ao artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN. Cita e transcreve o art. 112 do mencionado Código, e em relação ao levantamento fiscal, alega que as requisições de carregamento utilizadas pela autoridade fiscalizadora não podem servir de sustentáculo para a sua pretensão tendo em vista que todas elas foram realizadas pela matriz da empresa, cujo endereço encontrase oposto nas requisições, ou seja, as mercadorias estão endereçadas para o Bairro São Judas Tadeu, Av. 16, n. 23, e não Rodovia Barragem da Pedra. Afirma que o material encontrado no depósito da filial, fora transferido pela matriz, conforme nota fiscal de transferência colacionada aos autos, podendo, ser verificado nos livros da matriz e filial tais transferências de estoque. Informa que a correlação entre as requisições e notas fiscais emitidas para a matriz podem ser facilmente comprovadas pelo quantitativo de material lançado nos livros contábeis da empresa. Apresenta o entendimento de que houve excesso de exação, e conclui reiterando o pedido de nulidade ou insubsistência do auto de infração. Requer a realização de diligências necessárias à plena elucidação das questões suscitadas, inclusive a realização de perícias, nos moldes do art. 145 do RPAF, nomeando assistente técnico Sr. Antonio S. Santos, CRC 16918- BA, profissional com endereço na Av. Alves Pereira, n. 40, Ed. Ciclame Center, Sala 05, 1º andar, Centro Jequié-Bahia.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 177/178 dos autos, dizendo que em 19/07/2011, às 08h00min, constatou a existência em estoque, no pátio do estabelecimento autuado, 3.512 m³ de brita sem a apresentação das respectivas notas fiscais de origem da mercadoria. Diz que no momento da autuação ficou comprovado que a mercadoria estava sendo descarregada, desacompanhada de nota fiscal de origem, sendo apresentado à fiscalização um documento de caráter extrafiscal (requisição de carregamento, conforme cópias às fls. 12 a 104 do presente processo). Informa que ao comparar a data da autuação fiscal com a data de emissão dos documentos fiscais apresentados pelo autuado junto com a impugnação, constatou que as mercadorias estavam desacompanhadas de documentação fiscal. Diz, ainda, que esta hipótese pode ser comprovada com a análise do quadro que elaborou à fl. 1778 do PAF, considerando que somente a Nota Fiscal nº 25 foi emitida em data anterior à de ocorrência do fato gerador do ICMS exigido no presente lançamento. Assegura que a referida NF não foi apresentada à fiscalização no momento da autuação fiscal. Por fim, o autuante sustenta que a autuação fiscal está plenamente fundamentada na legislação pertinente.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado no modelo 4 (trânsito), indicando que foi constatado o transporte de mercadoria sem documentação fiscal.

Na descrição dos fatos, foi informado que foi constatado o estoque de 3.512 m³ de brita e não foi apresentada nota fiscal comprobatória da origem da mercadoria, que se encontrava no estabelecimento autuado. Que a regularidade da mercadoria encontrada deveria ser comprovada mediante a apresentação da nota fiscal no momento da ação fiscal.

Observo que foi lavrada a Declaração de Estoque (fl. 06), assinada pelo preposto fiscal e pelo preposto do autuado, o que indica a realização de levantamento quantitativo de estoques em exercício aberto.

Foi tido como dispositivo infringido o art. 42, inciso IV, alínea “a” da Lei 7.014/96, que se refere a operação ou prestação realizada sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, tendo sido indicada a multa de 100%. Entretanto, no caso do levantamento quantitativo a multa deve ser enquadrada no art. 42, III da mencionada Lei.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento, alegando que não há como provar a materialidade de qualquer infração à legislação tributária, em face da imprestabilidade dos levantamentos fiscais anexados ao auto de infração, uma vez que no estoque constam pó de pedra, gravilhão e britas em diversas granulometria. Também alega que não foi procedido o levantamento do estoque final no interior do autuado, para dar sustentação de validade aos demonstrativos que acompanham a ação fiscal.

Da análise efetuada no presente PAF, constato que, efetivamente, foi iniciado um procedimento fiscal para a realização de levantamento quantitativo de estoques em exercício aberto, a partir da Declaração de Estoque à fl. 06. Neste caso, o autuado deveria ser intimado a apresentar as notas fiscais comprobatórias das mercadorias adquiridas, os documentos fiscais emitidos pelas saídas de mercadorias e o livro Registro de Inventário.

Observo que na realização de levantamento quantitativo de estoques são conferidas as quantidades de entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento em determinado período, tendo como referência os estoques inicial e final constantes do inventário, e sendo constatada omissão de saídas ou de entradas são apurados os preços médios, e encontrada a base de cálculo para se determinar imposto devido.

A Portaria 445, de 10/08/1998, dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, prevendo que este levantamento pode ser efetuado em exercício fechado ou em exercício aberto, e o art. 15, da

mencionada Portaria estabelece como deve ser cobrado o imposto quando se tratar de levantamento em exercício aberto.

Pelo que consta dos autos, a autuação contém vícios insanáveis que afetam a sua eficácia:

- a) Foram indicadas duas acusações fiscais: transporte de mercadoria sem documentação fiscal e mercadorias encontradas no estabelecimento sem documentação fiscal.
- b) No enquadramento legal constante do Auto de Infração, foi indicado como infringido o art. 42, inciso IV, alínea “a” da Lei 7.014/96, que se refere a operação ou prestação realizada sem documentação fiscal ou com documentação fiscal.
- c) A descrição do fato considerado infração não corresponde ao procedimento fiscal realizado.

Saliento que é nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada e a base de cálculo do imposto exigido. Assim, devido às falhas insanáveis no presente Auto de Infração, concluo pela sua nulidade, representando à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal, a salvo de incorreções, conforme art. 156 do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **152624.0094/11-6**, lavrado contra **M. S. A. SERVIÇOS DE COLETA LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA