

PROCESSO - A. I. Nº 232421.0214/12-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - QUICK LOGÍSTICA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0292-02/12
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 15.04.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0139-13/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. AUSÊNCIA 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. SÚMULA CONSEF Nº 01/02. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 2ª JJF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão constante no Acórdão JJF Nº 0292-02/12, que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/02/12, para exigir ICMS no valor de R\$ 924.887,09, acrescido de multa de 100%, em decorrência “Utilização de Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal”.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade ativa do Estado da Bahia e por ilegitimidade passiva da transportadora. Suscitou a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que não havia demonstrativo das alíquotas aplicáveis às mercadorias, bem como da apuração da base de cálculo do imposto lançado. Citou Decisão proferida neste CONSEF, que decidiu pela nulidade de Auto de Infração em decorrência da falta de demonstração da apuração da base de cálculo. Ao final, requereu a decretação da nulidade do Auto de Infração.

Na informação fiscal, o autuante manteve a ação fiscal. Explicou que na segunda página do Auto de Infração constava o demonstrativo de débito com a base de cálculo, tendo sido esse valor declarado pelo autuado no seu Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico (DACTE) nº 11499. Assinalou que havia divergências entre os volumes e pesos das mercadorias apreendidas e os declarados nos DANFES. Pediu que o Auto de Infração fosse julgado procedente.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0292-02/12, o Auto de Infração foi julgado Nulo.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator afastou as preliminares de nulidade por ilegitimidade ativa e passiva, bem como ultrapassou a arguição de que o lançamento estava baseado em suposição. Prosseguindo, acolheu a preliminar de nulidade atinente à falta de demonstrativo da apuração da base de cálculo, tendo o relator fundamentado o seu voto quanto a essa preliminar da seguinte forma:

[...]

Entre as arguições de nulidade, alega o sujeito passivo cerceamento de defesa, decorrente da obscuridade quanto à base de cálculo. Quanto a esta questão, verifico que os dois Autos de Infração, lavrado contra a mesma empresa, pelo mesmo autuante, sob alegação, também, de inidoneidade do documento fiscal emitido para acobertar a circulação das respectivas mercadorias, foram considerados nulos, conforme Acórdãos números JJF Nº 0218-04/12, da 4ª Junta de Julgamento e o Acórdão JJF Nº 280-02/12, dessa 2ª JJF. As razões das nulidades apontadas nas aludidas decisões se repetem no presente lançamento, de tal forma que cabe aqui reproduzir o voto (com as devidas adequações, especialmente quanto às indicações das folhas e documentos fiscais), constantes do aludido Acórdão nº JJF Nº 280-02/12, dessa 2ª JJF, do qual participei como julgador, que decidiu por unanimidade pela nulidade do Auto de Infração.

[...]

Entendo que deve ser acolhido o argumento defensivo, uma vez que o citado documento acostado à folha 02 dos autos não demonstra como foi apurada a base de cálculo do imposto exigido no Auto de Infração ora em lide.

Na realidade, ao examinar o referido documento, constata-se que o mesmo é o “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO” do Auto de Infração, o qual não pode ser confundido com a demonstração da apuração do imposto devido reclamado pela fiscalização.

O Demonstrativo de débito é um anexo ao próprio Auto de Infração, enquanto que a apuração da base de cálculo e do próprio ICMS devem, obrigatoriamente, ser apurados antes da lavratura do Auto de Infração.

No demonstrativo da apuração do imposto devido, entre outros elementos, deve constar, no mínimo, a descrição das mercadorias objeto da autuação, a quantidade autuada, seu preço unitário, a origem do preço unitário utilizado, os acréscimos ou deduções por ventura pertinente, o valor da base de cálculo, a alíquota e o ICMS apurado. Tais informações, sem sombra de dúvida, não constam no documento apontado pelo autuante em sua informação fiscal, portanto, não traz segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido.

De igual modo, também, não pode ser acolhido o argumento de que a fiscalização teria utilizado os valores declarados pelo autuado dos documentos fiscais, uma vez que o motivo que fundamentou a autuação foi a constatação de inidoneidade dos referidos documentos.

Entendo não ser razoável aceitar a tese da fiscalização de que os documentos são inidôneos em face da utilização da nota fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal e divergências descritas no Termo de Ocorrência Fiscal, fls. 04 e 05, no próprio Auto de Infração, fls. 01 e 02, em especial no campo “Descrição dos Fatos”, e considerar, os mesmos documentos, idôneos no que se refere aos valores neles consignados para efeito de apuração da base de cálculo.

Cabe destacar que para se determinar a base de cálculo, a salvo de imperfeições, é indispensável que se demonstre nitidamente a mesma, que há de ser feita de forma compreensiva, apontando o critério ou método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao entendimento, por parte do sujeito passivo, com fundamento na legislação. Isso porque a base de cálculo do imposto é a dimensão material do tributo, sendo essa demonstração que oferece os critérios para mensurar o fato tributário imponível e a clareza da forma como foi apurado o débito é decorrência dos princípios da legalidade e da verdade material.

Ressalto que, por se tratar de medicamentos, para uma perfeita apuração da base de cálculo, deve ser observadas as determinações do Convênio ICMS 76/94, abaixo transcrita:

Cláusula segunda A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

§ 1º Inexistindo o valor de que trata o “caput” a base de cálculo será obtida, tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de um dos percentuais indicados nas tabelas a seguir apresentadas:

Por tudo acima exposto, acolho o argumento defensivo para declarar nulo o Auto de Infração, com fundamento no art. 18, IV, “a” do RPAF, o qual determina que é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

Saliento que a Súmula nº 1 do CONSEF trata da matéria em questão:

SÚMULA N° 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.

Represento à autoridade competente que examinou a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas, conforme artigo 156 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF/99, a 2ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

Conforme já relatado, trata o Recurso de Ofício da Decisão de Primeira Instância que julgou o Auto de Infração em epígrafe nulo, por cerceamento do direito de defesa, em decorrência da falta de demonstrativo com a apuração da base de cálculo do imposto lançado.

O Auto de Infração foi lavrado contra a empresa transportadora, em razão de a operação ter sido realizada desacompanhada de documentação fiscal idônea. O autuante explicou que a operação estava acobertada por documentação fiscal considerada *inidônea por divergência entre o peso e quantidade de mercadoria transportada e o declarado na documentação fiscal*.

Considerando que havia divergências entre as mercadorias apreendidas e os documentos fiscais, estes não poderiam ser utilizados na determinação do valor daquelas. A espécie de inidoneidade que foi apurada no caso em tela torna os documentos fiscais imprestáveis para os fins a que se destinavam e, portanto, impede que essa documentação fiscal seja utilizada na determinação do valor das mercadorias, pois os referidos documentos não se referem às mercadorias apreendidas.

Dessa forma, não há nos autos uma demonstração, de forma clara e compreensiva, da apuração da base de cálculo do imposto lançado, o que acarreta a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, a teor do disposto no art. 18, II, do RPAF/99, conforme a Súmula nº 1 do CONSEF, a qual foi transcrita na Decisão recorrida.

Além da nulidade acima, observo que a base de cálculo utilizada pelo autuante está equivocada, senão vejamos.

Tendo em vista que as mercadorias apreendidas eram medicamentos, a base de cálculo do imposto deveria ter sido apurada segundo o critério previsto no Convênio ICMS 76/94, qual seja, com base no preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Na hipótese de não existir o preço sugerido pelo órgão competente ou o preço máximo de venda, a base de cálculo deve ser apurada tomando como referência o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, incluindo nesse montante o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, do frete ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário. Ao valor apurado, deve ser adicionada a margem de valor adicionado prevista.

Desse modo, a base de cálculo utilizada não está de acordo com a prevista para a espécie de mercadoria apreendida ou, ao menos, assim não está demonstrada. Esse vício procedural também nulifica o Auto de Infração por inobservância do devido processo legal e por insegurança na determinação do valor devido.

Conforme foi salientado na Decisão recorrida, deverá a repartição fazendária competente examinar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falhas. Saliento que, na hipótese de reaproveitamento do Termo de Ocorrência (Apreensão) original, deverá ser observado que a validade desse referido Termo é de trinta dias.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para homologar a Decisão recorrida que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão unânime, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 232421.0214/12-8, lavrado contra **QUICK LOGÍSTICA LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS