

A. I. N° - 216967.0206/14-2
AUTUADO - JOSEMAR RIBEIRO DA FONSECA
AUTUANTE - CARLOS NICOLLAS MACEDO DE CASTRO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 04. 08. 2015

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0115-01/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. BASE DE CÁLCULO. ARBITRAMENTO. LEGALIDADE. Incerteza quanto ao valor do imposto a ser lançado – arbitramento da base de cálculo do tributo efetuado sem observância da previsão normativa específica (art. 22, § 1º, V, “b”, da Lei nº 7.014/96). Vício jurídico substancial. Ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária. Precedentes deste Conselho: Súmula CONSEF nº 1. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito em 21.11.14, acusa [falta de recolhimento de ICMS em virtude de] divergência entre o documento fiscal e as mercadorias “ali discriminadas” [nos DANFEs], constatada durante a contagem física, sendo lançado imposto no valor de R\$ 6.522,56, com multa de 100%.

Há um adendo na descrição da infração informando que havia 320 portas internas semiocas, capa de madeira de imbuia e sucupira, identificada pela tonalidade escura, encontradas no veículo de placa policial MGQ-7467, em trânsito na BR 324, Posto Fiscal Honorato Viana, sem documentação fiscal, tendo o veículo sido conferido em presença do motorista, e, após a contagem física, foi verificada a existência de 465 portas, das quais 145 estavam acompanhadas dos DANFEs 511 e 512, apresentados após o início da ação fiscal, com 90 e 95 unidades de portas descritas nos referidos DANFEs, respectivamente, sendo que a destinatária do DANFE 511, Isabel Firmina dos Santos de Retirolândia, foi contactada e negou ter efetuado a compra das mercadorias. Foi “reclamado” [lançado] crédito tributário de 320 portas ao preço unitário de R\$ 119,90, pesquisado na internet.

A defesa (fls. 25/29) informa inicialmente que, apesar de a autuação ter sido realizada em nome do motorista transportador, Josemar Ribeiro da Fonseca, a empresa M E B Portas e Laminados Ltda., pessoa jurídica de direito privado, CNPJ, 07.217.522/0001-99, estabelecida na Av. Antônio Canceli, s/n, centro, na cidade de Passos Maia, Santa Catarina, é o pleno responsável pelo erro tributário que levou à presente autuação, [não] existindo qualquer culpa por parte do transportador motorista neste particular, devendo a referida empresa ser responsabilizada por eventual manutenção da autuação resultante da referida infração, em caso de indeferimento da impugnação.

Observa que, conforme a autuação, no momento da conferência da mercadoria supostamente se constatou uma infração tributária enquadrada nos dispositivos assinalados, sendo que tal autuação se deu porque supostamente 320 unidades de portas internas, semiocas, capa de madeira de imbuia e sucupira, estariam sendo transportadas pelo veículo de placa policial MGQ-7467, e por esse fato o fiscal autuador aplicou uma multa de 100% sobre o suposto valor da carga, pois, segundo o seu entendimento, a mercadoria estaria sendo transportada sem Nota Fiscal, ou teria constatado uma suposta existência de fraude em sua emissão, nos termos do art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, porém tal enquadramento legal não é o correto, pois a empresa somente enviou parte da carga errada, porque o caminhão transportador foi embarcado com uma carga a maior, e, sendo assim, como não existia destinatário para parte da carga, não existiu uma transferência de titularidade da mercadoria que pudesse gerar uma obrigação tributária, de modo que, sendo assim, num sentido amplo, deve-se aplicar no presente caso o que diz a Súmula 166 [do STJ]: “Não

constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". Por essa razão, considera que não houve motivo para que ocorresse a autuação tributária.

Aduz que, mesmo se persistir o entendimento de que é devido o pagamento do tributo, impugna o valor atribuído à mercadoria, pois a fiscalização tomou por base pesquisa realizada na internet, onde teria apurado que o valor de cada porta seria de R\$ 119,90, tendo sido anexada tal pesquisa aos autos, porém houve apontamento e descrição errados do produto, vez que as portas objeto da autuação são semiocas, o que difere do tipo de porta apontado [na pesquisa] para ser feita a autuação, que tem características totalmente diversas das do produto real, pois se trata de porta de madeira maciça, o que inviabilizada totalmente o Auto de Infração, pois não atende plenamente às normas de autuação previstas na legislação do Estado da Bahia.

Acrescenta que o fiscal autuador, no momento da autuação, dispunha de parâmetros para atribuir um valor correto à mercadoria, pois existiam outras Notas Fiscais do mesmo produto, nas quais consta como o verdadeiro valor máximo do produto R\$ 26,00, e não R\$ 119,90, como atribuiu o fiscal autuante.

Conclui dizendo que, para comprovar que o valor correto da autuação deveria ser arbitrado no real valor do produto e não se trata de falsificação ou documento inidôneo, apresenta Notas Fiscais de outras vendas efetuadas pelo fornecedor do mesmo produto, comprovando que o verdadeiro valor da mercadoria tem valor máximo unitário de R\$ 26,00. Observa que, de acordo com os documentos anexos, todas as mercadorias têm o mesmo valor, tendo por base compradores do Estado da Bahia, e, portanto, pela divergência entre o valor real da mercadoria e aquele a ela atribuído no momento da autuação, se persistir a autuação, ela deve ser corrigida para atribuir o valor correto da mercadoria.

Pede que seja anulado o Auto, ou, caso exista entendimento diverso, que ele seja corrigido, fazendo constar o valor correto unitário máximo da mercadoria, ou seja, R\$ 26,00, com todas as consequências resultantes da correção. Juntou documentos. Requerer a possibilidade de juntada de novos documentos, caso haja necessidade de esclarecimentos, bem como a oportunidade de voltar a se manifestar, se necessário. Requer, ainda, que seja dado um prazo mínimo de 20 dias para anexar os atos constitutivos da empresa, bem como, se necessário, no mesmo prazo, juntar a procuração em nome do motorista autuado, pois o mesmo está em viagem distante e impossibilitado de apresentar tal documento constitutivo no momento, a fim de evitar o perecimento do direito de defesa. Requer por fim que todas as publicações, notificações ou intimações sejam feitas exclusivamente em nome do Dr. José Maurício Machado de Araújo, OAB/BA 22.288, e do Dr. Wellington Cecotte Basso, OAB/SP 198.884, ambos com escritório profissional, onde receberão intimações, à Rua Castro Alves, nº 1.511, Ed. Meritum Center, sala 202, centro, CEP 44.001-184, Feira de Santana/BA, sob pena de nulidade (STJ, REsp 127.369/SP e 89.781/SP), devendo ser efetuados os registros de praxe, na capa dos autos, no sistema informatizado de acompanhamento processual, etc.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 64/66) dizendo que, com relação à Súmula 166 do STJ, segundo a qual "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, o entendimento é da Primeira Seção do STJ e foi firmado em julgamento de um recurso representativo da controvérsia, segundo o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, sendo que, como o próprio impugnador afirma, como não havia destinatário para parte da carga, a referida súmula é totalmente descabida em relação ao caso prático aqui tratado.

Quanto à alegação de que o verdadeiro valor máximo dos produtos é R\$ 26,00 e não R\$ 119,00, o fiscal contrapõe que, consoante o art. 147 do CTN, o lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informação sobre matéria de fato indispensável à sua efetivação.

Transcreve o § 2º do art. 147 e os arts. 148 e 149 (parte) do CTN, bem como parte do art. 6º da Lei nº 7.014/96.

Conclui dizendo que os valores lançados nos DANFEs 511 e 512 se referem a vendas, no atacado, de mercadorias regularmente acompanhadas dos competentes DANFEs, mas no caso concreto as mercadorias transitavam desacompanhadas de documentação fiscal, totalmente irregulares do ponto de vista da legislação, e o arbitramento do valor foi efetuado com base no valor de mercado, conforme fl. 19. Aduz que, corroborando as provas, o condutor, após acompanhar a contagem física das mercadorias, atestou o modelo das mesmas e firmou o formulário de levantamento de mercadorias tributadas, fl. 18.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide, lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito, diz respeito a mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

O autuado levantou uma preliminar questionando o critério adotado pela fiscalização ao atribuir o preço unitário das mercadorias apreendidas, com base em pesquisa feita na internet. Alega que, conforme descrição feita no Auto, trata-se de 320 portas semiocas, porém os preços pesquisados na internet pela fiscalização se referem a portas de madeira maciça. Reclama que a fiscalização dispunha de parâmetros para atribuir o valor correto à mercadoria, pois nas Notas Fiscais apresentadas constava o valor máximo unitário de R\$ 26,00. Pede que o Auto de Infração seja anulado, ou que seja corrigido o valor do lançamento, em função do preço máximo, que seria de R\$ 26,00.

Neste lançamento a fiscalização acusa “Divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas [sic], constatada durante a contagem física”.

Pela leitura das indicações feitas no campo “Descrição dos Fatos” e exame das peças constantes nos autos, depreende-se que a imputação fiscal diz respeito à falta de pagamento de ICMS, constatada mediante contagem física da carga de um veículo que transitava acobertada de dois DANFEs, 511 e 512 emitidos por MEB Portas e Laminados Ltda., estabelecida na cidade de Passos Maia, Estado de Santa Catarina, haja vista que parte da carga estava sem documentação fiscal: os dois documentos acobertavam 145 portas, mas no veículo havia 465, e portanto 320 unidades estavam sem documento.

Embora no Auto de Infração e no Termo de Ocorrência Fiscal conste que o crédito “reclamado” (lançado) diz respeito a “320 portas” (fls. 1 e 5), consta no Demonstrativo de Débito (fl. 4), no campo “Mercadoria”, que se trata de “Portas e janelas, e seus caixilhos, alizares e soleiras”, e no campo “Marca/Modelo” consta que são “Portas de madeira”. Além disso, nos campos “Quantidade” e “UND” [Unidade] do Demonstrativo de Débito” (fl. 4), em vez de 320 unidades, consta “1,00 um”, ou seja, apenas uma unidade.

Ou seja, o Auto de Infração e o Termo de Ocorrência Fiscal cuidam de uma coisa (320 portas), mas o Demonstrativo de Débito cuida de outras coisas (portas e janelas, com os respectivos caixilhos, alizares e soleiras), e se trataria de uma só unidade, e não de 320 unidades.

A fiscalização não especificou quantas seriam as janelas mencionadas no Demonstrativo de Débito. Tratou tudo como portas. Além disso, de acordo com o Auto e o Termo de Ocorrência, foi atribuído às mercadorias o preço unitário de R\$ 119,90. O bom senso indica que o preço de uma porta não deve ser o mesmo preço de uma janela. E há ainda a questão dos caixilhos, alizares e soleiras.

A autoridade fiscal que procedeu ao lançamento não observou, como devia, a regra do art. 39, IV, “b”, do RPAF, tendo em vista não ter sido demonstrado de forma precisa e correta como foi apurada a base de cálculo do tributo.

Pior que isso, a autoridade fiscal deixou de atentar para a regra da Lei nº 7.014/96, no art. 22, § 1º, V, “b”. De acordo com esse dispositivo legal, a base de cálculo de mercadorias em trânsito sem documentação fiscal é determinada mediante arbitramento. “Arbitramento” não significa arbitrariedade. O arbitramento sujeita-se a critérios fixados pela lei.

Embora eu não costume nos meus votos transcrever disposições legais, que são do conhecimento de todos, farei neste caso a transcrição, para deixar claro que neste caso não foi observado o critério fixado pela Lei nº 7.014/96 para determinar a base de cálculo do imposto no caso de mercadorias em trânsito desacobertadas de documentação fiscal:

“Art. 22.

§ 1º 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 da mercadoria ou de sua similar* no mercado atacadista *do local da ocorrência*, aquele ou este acrescido do percentual de margem de lucro correspondente, fixado em regulamento; ou

2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo *no local da ocorrência*;

.....” [grifei]

Note-se que, de acordo com a alínea “b” do inciso V do § 1º do art. 22 da lei, se houver pauta fiscal para a mercadoria, a base de cálculo será o preço de pauta; não havendo pauta, a base de cálculo é “o preço corrente da mercadoria ou de sua similar”, e a pesquisa deve levar em conta o preço corrente “no local da ocorrência”.

Neste caso, portanto, a pesquisa de preço deve ser feita seguindo dois critérios: a) a obtenção do preço corrente para o tipo da mercadoria ou de sua similar, e b) o preço deve ser o do local da ocorrência do fato.

Esses dois requisitos não foram observados. Primeiro, porque, de acordo com a informação constante no campo “Descrição dos Fatos” do Auto, trata-se de portas semiocas, mas, conforme reclama a defesa, a pesquisa levou em conta portas de madeira maciça. Segundo, porque o preço pesquisado não é o do local da ocorrência, conforme prevê a lei.

Nada impede que a pesquisa seja feita pela internet, mas o preço deve corresponder ao tipo da mercadoria ou de sua similar, e a pesquisa deve levar em conta o preço corrente no local da ocorrência do fato.

Neste caso, de acordo com o instrumento à fl. 19, o preço foi obtido no site <http://www.cec.com.br/janelas-e-portas/porta/comum/madeira>. Esse site é de uma empresa que se apresenta como C&C Casa e Construção. Consta que sua rede tem 45 lojas, estabelecidas nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Espírito Santo.

Ora, a mercadoria foi apreendida no posto fiscal Honorato Viana, que fica no município baiano de Candeias. A pesquisa do preço, inclusive pela internet, teria de ser feita em empresa estabelecida no município de Candeias.

A defesa acena para a possibilidade de ser aplicar o preço máximo de R\$ 26,00, isto porque nas Notas Fiscais havia vários tipos de portas, de diversos preços: R\$ 15, R\$ 16, R\$ 17, R\$ 25, R\$ 26 e R\$ 27. Não

há como adotar esses preços, pois se trata dos preços praticados pela empresa M E B Portas e Laminados Ltda., que é estabelecida no Estado de Santa Catarina, pois a lei prevê que o preço é o do local da ocorrência do fato, e o fato ocorreu no município baiano de Candeias.

Em se tratando de fatos como este verificados na fiscalização do trânsito de mercadorias, a base de cálculo das mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal deve ser determinada atendendo às regras do art. 22, § 1º, V, “b”, da Lei nº 7.014/96, ficando de todo afastada a possibilidade de os preços serem obtidos mediante declaração do próprio autuado. Fosse assim, o interessado poderia declarar o preço que quisesse. Um centavo, por exemplo.

Assim sendo, falta ao lançamento o elemento principal, que é a base de cálculo do tributo determinada na forma prevista na legislação.

De acordo com a Súmula nº 1 deste Conselho, é nulo o Auto de Infração que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. É evidente que o método adotado tem de ser o previsto em lei.

Há portanto nestes autos um vício jurídico substancial. Não se trata de questão “meramente” formal. O vício assinalado diz respeito à estrita legalidade do lançamento tributário, pois envolve a base de cálculo do tributo, não havendo certeza quanto ao valor do imposto a ser lançado.

A repartição fiscal examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o interessado sanar alguma irregularidade porventura existente, antes do início de nova ação fiscal, se exime de penalidade.

Há um requerimento no sentido de que as intimações relativas a este feito sejam feitas exclusivamente em nome dos advogados, no endereço indicado à fl. 29. Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida, ressalvando-se, contudo, que não implicará nenhum vício se as intimações forem feitas diretamente ao próprio sujeito passivo, atendidas as regras do art. 108 do RPAF.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar NULO o Auto de Infração nº **216967.0206/14-2**, lavrado contra **JOSEMAR RIBEIRO DA FONSECA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR