

**PROCESSO** - A. I. N° 232354.0830/13-4  
**RECORRENTE** - MÔNICA AMORIM OLIVEIRA (DISK TUDO BAR CHURRACARIA E RESTAURANTE)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0051-05/14  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 05/06/2017

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0095-11/17

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DO RESPECTIVO DOCUMENTO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Mercadorias conduzidas sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência. Responsabilidade do transportador. Base de cálculo arbitrada de acordo com o preço corrente no local da ocorrência do fato tributável, que coincide com o da pauta fiscal. Rejeitado o pedido de afastamento da multa por falta de previsão legal. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99, com vistas a reforma da Decisão proferida que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 21/08/13, exigindo ICMS no valor de R\$16.800,00, acrescido da multa de 100%, em virtude da constatação de transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, atribuindo a responsabilidade solidária ao transportador da mercadoria.

A Decisão proferida pela 5ª JJF fundamenta que:

*Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências, além do mais o impugnante não apresenta especificamente as exigências formais que não foram atendidas, visto que foi lavrado o termo de apreensão, assinado pelo condutor, no qual está consignado que a mercadorias circulava desacompanhada do respectivo documento fiscal. Não cabe acolhimento da nulidade, também, em razão da incorreção do tipo de feijão, pois o próprio autuado indica o tipo correto de feijão, sem, contudo, modificar a natureza da infração, a responsabilidade do transportador ou mesmo os valores exigidos.*

*Quanto ao mérito, o Auto de Infração foi lavrado em virtude ter sido encontrado o veículo placa policial NTY-4838 e NYQ-8334, pertencente à empresa autuado, transportando 700 sacos de feijão carioquinha desacompanhadas de documentação fiscal, conforme termo de apreensão lavrado às fls. 06 e 07 assinado pelo condutor.*

*Afirma, em sua defesa, que acompanhava a carga a Nota Fiscal Eletrônica nº 45369113, contudo a mesma foi apresentada posteriormente na peça defensiva, com dois DANFES de nºs 9571 e 9572 emitidos em 15/08/2013.*

*Verifico que os documentos fiscais juntados, além de ter sido apresentado posteriormente a lavratura do Auto de Infração, conforme demonstra o termo de ocorrência, ao indicar a circulação sem nota, não possuem sequer um carimbo dos postos fiscais do trajeto, além de ter como data de emissão e saída 6 dias antes da ação fiscal que culminou no presente Auto de Infração.*

*Diante da inexistência de documento fiscal para acobertar a circulação da mercadoria, cabe a*

*responsabilidade solidária do transportador ao teor do que dispõe o Art. 6º, inciso III, alínea “d” do RICMS/BA.*

*Assim, não há razões legais para a exclusão da multa aplicada, visto, inclusive, que está prevista corretamente no artigo 42, II, e, da Lei nº 7.014/96.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

No Recurso Voluntário interposto (fls. 91 a 106) o recorrente faz um resumo da acusação e do julgamento e preliminarmente suscita a nulidade da autuação sob o argumento de que:

- a) Faltam os requisitos legais visto que o artigo 939 do RICMS/97 (transcrito) dispõem que a lavratura do Auto de Infração deve ser precedida de termo de ocorrência fiscal com indicação dos elementos previstos no seu Parágrafo Único e que o Termo de Ocorrência que deu suporte a autuação não preenche todos os requisitos ao teor da Súmula 01 do CONSEF.
- b) Falta de parâmetro para arbitrar a base de cálculo, prevista no art. 938, V, b, do Decreto nº 6.284/97 (RICMS/BA), que prevê, que “*no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado: ... 2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;*” . Argumenta que foi atribuído base de cálculo no valor de R\$140.000,00 às mercadorias apreendidas, sem trazer os elementos para indicar a constituição da base de cálculo. Transcreve a ementa do Acórdão CJF Nº 0400 - 12/06 *que trata de declaração de nulidade do procedimento fiscal face a falta de demonstração da base de cálculo do imposto.*

No mérito, reapresenta a argumentação da defesa inicial de que a acusação de que transportava 700 sacas de feijão carioquinha, sem nota fiscal, não é verdade, visto que o feijão apreendido era do tipo feijão comercial de corda.

Alega que a apreensão da carreta e da mercadoria foi abusiva e, só foram liberados depois do motorista assinar o termo como fiel depositário da mercadoria, visto que a mercadoria possuía a Nota Fiscal-e nº 45369113 emitida pela Comercial Mangabeira de Unaí/MG, com destino a José Eudes Araújo Alimentos – ME [Ceará], não sendo inidônea, estando de passagem pelo Estado da Bahia, não havendo operação econômica, nem fato gerador do ICMS para o Estado da Bahia;

Afirma que o Auto de Infração possui vício formal, pois “foi assinado por apenas um dos fiscais”, devendo ser julgado Nulo, pois não existe os vícios relativos aos documentos fiscais, conforme elencados no “art. 188 e art. 194, II do RICMS”, extinguindo a multa, por não haver configuração de notas fiscais inidôneas, ao teor do art. 9º, I, “b” da Lei nº 3.796/96.

Cita o art. 199 do Código Tributário Nacional (CTN), que trata da harmonização e art. 6º do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômicas-Fiscais (SNIFF) e Portaria nº 980/03, que discrimina os elementos necessários de destaque na nota fiscal, para justificar que o documento fiscal preenche os requisitos legais.

Acrescenta não haver responsabilidade do transportador que é apenas proprietário da carreta e não concorreu com a infração que não existiu, dado a regularidade do documento fiscal, pela impossibilidade material de detectar quando do recebimento das mercadorias para transporte.

Ressalta as limitações ao poder de tributar, previsto no art. 150, I, da CF de que nenhum tributo pode ser exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, não sendo “responsável pela retenção do ICMS” no caso em voga, não figurando no rol dos substitutos.

Na hipótese remota de manter a autuação, argumenta que a multa deve aplicada embasada no artigo 42, II, e, da Lei nº 7.014/96, deve ser excluída, por não ser o responsável pelo pagamento do ICMS, visto que não teve intenção de sonegar e a mercadorias estar acompanhada de documentação fiscal. Cita decisões de julgados para reforçar o seu posicionamento.

Reafirma o pedido de nulidade, por falta de cumprimento de formalidades a serem seguidas quando da lavratura de um Auto de Infração (qualificação; local, a data e a hora da lavratura;

Descrição do fato tido como irregular; dispositivo legal infringido e a penalidade aplicável; valor da multa; intimação; assinatura do autuante, indicação do seu cargo/função; elementos de prova) para atestar a veracidade dos fatos, o que culmina na nulidade prevista no art. 244 e 250 do CPC.

Cita parte de texto de juristas, sobre as limitações de tributar (arts. 5º, II e LXIX, 37 e 84 da CF) e requer acatamento da preliminar da nulidade do Auto de Infração, por falta de requisitos legais, falta de parâmetros para arbitrar a base de cálculo do ICMS e no mérito pela sua improcedência.

A PGE/PROFIS foi dispensada de emitir Parecer em conformidade com o disposto no art. 136, “b” item 3 do RPAF/BA (valores inferior a R\$100.000,00).

Esta 1ª CJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 127) no sentido de que o autuante esclarecesse como procedeu a apuração da base de cálculo.

Na segunda informação fiscal prestada (fls. 132) o autuante afirmou que procedeu a apuração da base de cálculo multiplicando o valor unitário de R\$200,00 pela quantidade de 700 sacos de feijão conforme preço de venda no varejo no local da data da ocorrência do fato tributável.

Na pauta suplementar do dia 30/03/17, o processo foi submetido a discussão da necessidade de realização de uma outra diligência fiscal, tendo sido decidido por unanimidade do indeferimento.

## VOTO

No Recurso Voluntário interposto o recorrente alegou que (i) o Termo de Ocorrência que deu suporte a autuação não preenche todos os requisitos legais, e que (ii) o arbitramento da base de cálculo não foi feito na forma prevista no art. 938, V, b, do Decreto nº 6.284/97, que prevê, que “*no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado: ... 2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;*”.

No que se refere ao primeiro argumento, observo que conforme apreciado na Decisão proferida pela primeira instância (fl. 06) foi descrito que foram apreendidas no Posto Fiscal de Formosa do Rio Preto, 700 sacos de feijão, “*desacompanhada de documentação fiscal*”. O mesmo foi assinado pelo Sr. Paulo Sérgio Rodrigues Melo que conduziu as mercadorias no veículo com placa NYQ 08334 (fl. 9) pertencente ao transportador (Mônica Amorim Oliveira) e também pela Bacharel Daiana Ribeiro Mascarenhas, OAB/BA 33294, devidamente autorizada com procuração passada à fl. 13.

Portanto, o citado Termo identifica as mercadorias (feijão carioquinha) e a constatação do fato que as mesmas no momento que foi abordado pela fiscalização (Posto Fiscal) estavam sendo transportadas desacompanhadas de documentação fiscal. Portanto, preenche os requisitos legais, como previsto no art. 28, IV-A do RPAF/BA.

No que se refere ao tipo da mercadoria apreendida, que a empresa afirma tratar se de feijão de corda e não carioquinha, constato que o citado Termo de Ocorrência e Demonstrativo de Débito do Auto de Infração identifica que se trata de feijão carioquinha e não foi trazido ao processo prova consistente de que se tratava de outro tipo de feijão, o que não descaracteriza o descumprimento da obrigação tributária, ou seja, transportar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

No mérito, com relação ao argumento de que a mercadoria apreendida fazia se acompanhar da Nota Fiscal-e nº 45369113, constato que:

- A) Os prepostos do estabelecimento autuado assinaram o Termo de Ocorrência Fiscal, Demonstrativo de Débito e Auto de Infração, os quais indicam que as mercadorias foram apreendidas por estarem desacompanhadas de documentação fiscal. Logo, deve se presumir a veracidade do conteúdo dos documentos fiscais elaborados pela fiscalização, que foram chancelados pelos prepostos da empresa. Caso as mercadorias se fizessem acompanhar de

documentos fiscais que a fiscalização supostamente tivesse considerados como inidôneos, deveria ser constatado no Termo de Ocorrência para que no julgamento fosse apreciado a inidoneidade do documento fiscal, fato que não ocorreu;

B) Observo que a cópia da Nota Fiscal-e nº 45369113, acostado com a defesa à fl. 35 indica quantidade de 540 sc de feijão, enquanto que foram apreendidos 700 sacas. Também foi acostado à fl. 36 outra Nota Fiscal-e nº 28826806 com mais 140 sacas de feijão, entretanto foram emitidos em 15/08/13 pela Comercial Mangabeira, localizado em Unaí/MG, tendo como destinatário José Eudes Araújo Alimentos – ME [Ceará]. Como as mercadorias foram apreendidas no dia 21/08/13, passaram-se cinco dias e, como ressaltado pela fiscalização, já tinham passado mais de cinco dias e não foi identificada passagem por nenhum Posto Fiscal (carimbos), o que denota não ser o documento idôneo para acobertar as mercadorias que foram apreendidas. Logo, na situação presente, o documento fiscal juntado com a defesa contraria o disposto na Port. 980/03, tendo em vista que as quantidades das mercadorias e a data da emissão da nota fiscal não se coadunam com a do momento da apreensão da mercadoria.

Quanto ao segundo argumento, observo que o Auto de Infração foi lavrado em 21/08/13, quando estava vigente o Decreto nº 13.780/2012 (RICMS/2012), já tendo sido revogado o Decreto nº 6.284/97, não se aplica mais o critério de arbitramento que era previsto no seu art. 938, V, b. Como o RICMS/2012 não regulamentou mais o arbitramento da base de cálculo, a previsão está contida no art. 22, §1º, V, “b” da Lei 7.014/96, que estabelece:

*Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:*

*§ 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;*

Na situação presente, a fiscalização informou que utilizou o “*preço de venda a varejo no local da ocorrência*”, como previsto no art. 22, §1º, V, “b”, item 2.

Pelos elementos contidos no processo, apesar de não ter sido acolhida a Nota Fiscal-e nº 45369113 (fl. 35) que foi apresentada junto com a defesa, observo que a mesma consigna o preço da saca de feijão comercializada alguns dias antes da lavratura do Auto de Infração, ao preço unitário de R\$200,00 o que demonstra ser o valor correspondente no local da ocorrência.

Além disso, embora não tenha sido carreado ao processo, em se tratando de comercialização de produtos agropecuários, o produto feijão carioquinha tinha base de cálculo do ICMS fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticados no Estado, de acordo com o previsto no art. 19, I da Lei nº 7.014/96, que também é previsto para apuração da base de cálculo mediante arbitramento pela fiscalização de trânsito de mercadorias (art. 22, §1º, V, “b”, item 2 da Lei nº 7.014/96). A Instrução Normativa nº 14/2013 vigente no período de 01/04/2013 a 16/09/13, que engloba a data da autuação em 21/08/13, previa pauta fiscal de R\$200,00 por saca de feijão que foi o aplicado pela fiscalização.

Pelo exposto, o valor de R\$200,00 arbitrado pela fiscalização, corresponde ao preço de venda a varejo no local da ocorrência, conforme nota fiscal carreada ao processo pelo estabelecimento autuado, que também corresponde ao preço da pauta fiscal do produto objeto da autuação, fixada

pela administração tributária no período autuado.

Dessa forma, não tendo o recorrente apresentado qualquer prova para demonstrar inadequação do valor arbitrado pela fiscalização, entendo estar correta a base de cálculo que foi indicada na autuação.

Pelo exposto, está correta a Decisão da Primeira Instância e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

#### VOTO EM SEPARADO

Concordando com a Decisão proferida pelo nobre Relator, peço vênia para discordar quanto à fundamentação utilizada.

O valor considerado como base de cálculo (R\$200,00) para o ICMS, conforme explicitado na NF apresentada pela empresa recorrente (fl. 08), bem como em pesquisa realizada junto à FAEB (Federação da Agricultura e Pecuária do Estado da Bahia) para aferição do preço de venda a varejo no local da ocorrência (tabela anexa abaixo), demonstram que os cálculos realizados pelo agente fiscal estão em acordo com o disposto em Lei.



O ponto em que versa a divergência gira em torno da consideração, pelo Relator, da pauta fiscal, que, no entendimento dos nossos tribunais superiores, é ilegal para definição da base de cálculo do ICMS, consoante Súmula nº 431 do STJ. Vejamos:

*“É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”.*

Assim, colaciono trecho do Acórdão CJF Nº 0378-12/15 em que o i. Conselheiro José Antônio Marques Ribeiro discorre sobre a ilegalidade do uso da pauta fiscal, posicionamento este com o qual me coaduno.

*Além de ter a “pauta fiscal” como fundamento à determinação de preços, que na grande maioria dos casos não coincidem com os preços de mercado, o que se revela, por via transversa, verdadeiro arbitramento, há que se ter em conta que o enunciado da Súmula nº 431 decorre diretamente do princípio da reserva legal a que se acha submetida a definição da base de cálculo de impostos previstos na Constituição Federal. Nessa linha, imprescindível retornar ao art. 146, III, da CF/88, acima transcrito.*

*Repisando os argumentos acima expendidos, vê-se que à lei complementar cabe apenas estabelecer, em caráter de norma geral, a base de cálculo de cada imposto discriminado na Constituição, cabendo a respectiva definição à lei ordinária de cada ente tributante, obviamente respeitada a norma geral.*

*Na mesma esteira, dispõe o art. 97, IV, do CTN que “somente a lei pode estabelecer a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo”, sendo certo que a base de cálculo do imposto deve estar definida na lei de*

*regência do respectivo tributo, pois, do contrário, estar-se-ia diante de flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade do regime de pauta fiscal, como no caso dos autos.*

Deste modo, voto em separado pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, entendendo que o valor utilizado como base de cálculo (R\$200,00) diz respeito ao preço de venda a varejo no local da ocorrência (art. 22, §1º, V, “b” da Lei nº 7.014/96), valor este considerado pelo próprio recorrente, conforme NF acostada à fl. 08 deste PAF, não considerando a fundamentação baseada em pauta fiscal pelos argumentos acima expostos.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 232354.0830/13-4, lavrado contra MÔNICA AMORIM OLIVEIRA (DISK TUDO BAR CHURRACARIA E RESTAURANTE), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$16.800,00, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO EM SEPARADO

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS