

A. I. Nº	- 210587.0503/15-2
AUTUADO	- RODRIGUES ALMEIDA ENXOVAIS INFANTIS LTDA
AUTUANTE	- IVAN RODRIGUES DE SOUZA
ORIGEM	- POSTO FISCAL HERÁCLITO BARRETO
INTERNET	- 04. 04. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0023-01/17

EMENTA: ICMS. VENDA DE MERCADORIA SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Falta de documentação nos autos que atestassem os preços das mercadorias que serviram para formação da base de cálculo do imposto reclamado. Cerceamento de defesa. Auto de infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/05/2015, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 20.032,80, em decorrência da realização de operação de mercadorias sem documento fiscal (51.01.01), ocorrido no mês de maio de 2015, acrescido de multa de 100%, conforme prevista na alínea "a" do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Foi lavrado termo de ocorrência fiscal nº 2105870501/15-0 (fls. 04 e 05) onde foi narrado que ao conferir as mercadorias transportadas no caminhão de placa PJI 7010, conduzido por Joilson Sampaio Portugal, CNH 04011842148, constatou que haviam 9.440 confecções desacompanhadas de documento fiscal.

No mesmo dia da lavratura, a empresa Taylor e Serafim Ltda, inscrição estadual nº 073.875.437, foi autorizada a ser o depositário fiel das mercadorias objeto do presente auto de infração, conforme documentos das fls. 13 a 15.

O autuado apresentou defesa das fls. 20 a 26, requerendo, sob pena de nulidade, que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos.

Requer a nulidade do auto de infração em razão de ter sido lavrado por Agente de Tributos Estaduais. Diz que, a despeito da Lei nº 11.470/09, os Agentes de Tributos Estaduais, especialmente aqueles cuja investidura no cargo se deu antes do advento da Lei nº 8.210/02, não possuem competência para efetuar lançamentos de ofício, consoante consta dos pareceres anexos, emitidos pela Advocacia Geral da União e pela Procuradoria Geral da República (fls. 39 a 42).

O autuado também considera o auto de infração nulo em razão de falhas na condução da ação fiscal, na intimação do contribuinte, por insegurança na determinação da infração, do infrator, ausência de nexo entre os fatos e os dispositivos legais indicados como infringidos e, por via conexa, cerceamento do direito de defesa.

Alega que o “Termo de ocorrência” foi lavrado dia 13/05/15, às 15:23 hs, sendo o Auto de Infração lavrado no mesmo dia, às 16:03 horas, o que revela que as mercadorias sequer foram conferidas e contadas, pois não daria tempo, em 40 minutos, conferir a quantidade lançada, sem comprovação, no AI (9.440 unidades), sendo flagrante a insegurança na determinação da infração.

Argumenta, ainda, que o autuante apresentou cópia de Auto de Infração, sem “vistos”, “de saneamento” e da “autoridade fazendária”, e com indicação do prazo de 30 dias para a defesa. Foram ofendidos, assim, os arts. 12, 19, 28, § 3º inciso VI, 39, incisos III, V, “a”, VI, e § 4º, do RPAF, assim como o art. 132, I e II, da Lei 13.199/14, sendo o lançamento, na forma do art. 18, incisos II e IV, “a”, nulo de pleno direito.

Apresenta como outra motivação para a nulidade da autuação a ofensa ao art. 28, IV, c/c o art. 29, I e II, do RPAF, na medida em que não foi lavrado o Termo de Apreensão, no qual todas as circunstâncias fáticas deveriam ser narradas, na forma do § 1º do art. 30, do RPAF.

O autuado acrescenta, ainda, que o procedimento fiscal ofendeu o art. 45, do RPAF, já que a lavratura do AI ocorreu dia 13/05/15 e o registro no sistema eletrônico da SEFAZ somente foi levado a efeito dia 25/05/15, fora, portanto, do prazo de 05 dias.

Apresenta também como motivo para nulidade do auto de infração a insegurança na apuração da base de cálculo, já que não foi apresentada a fórmula adotada, nem tampouco qualquer comprovação acerca do montante atribuído às mercadorias que supostamente estariam sem documentação fiscal.

O autuado entende que não poderia ter sido responsabilizado, pois não tinha relação com o fato. Consta do AI (e do TO), que “as mercadorias transportadas no caminhão de placas PJI-7010, condutor Joilson Sampaio Portugal CNH-04011842148, estavam desacompanhadas de documentos fiscais.”. Entende que, no momento da ocorrência, não poderia ser indicado como “detentor das mercadorias”, pois tal “papel” era exercido pelo “motorista” do veículo. Até mesmo o “depósito” foi efetuado em nome de empresa diversa, que então assumiu a responsabilidade. Assim, como não existe nos documentos ofertados para a defesa a comprovação da sua responsabilidade, entende que não pode figurar no polo passivo da autuação.

Cita decisões do CONSEF que decretaram a nulidade de autos de infração que não contiveram, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo, que não constavam o visto do inspetor ou supervisor do trânsito, que foram registrados extemporaneamente na repartição e que não continham relação pessoal e direta do sujeito passivo com o fato gerador do imposto.

No mérito, o autuado alega que o fato narrado não aconteceu. No momento da irregular apreensão as mercadorias se encontravam acobertadas por notas fiscais eletrônicas, que foram apresentadas e recusadas e, ainda, apreendidas sem o devido registro do fato. Diz que tais notas serão apresentadas, em cópias, no curso da ação administrativa fiscal, pois, de acordo com orientação do profissional que subscreve a presente defesa, estão sendo solicitadas aos fornecedores. Adianta, entretanto, que são eletrônicas e foram emitidas dia 12/05/15, visando acobertar o trânsito de mercadorias entre os Estados de Pernambuco e Bahia, para empresas diversas. Desse modo, protesta pela posterior juntada das citadas notas.

O autuado complementa que, após apresentadas as notas, se constatará que a operação se realizava com documentação fiscal regular, não sendo apurada e comprovada qualquer divergência nas quantidades das mercadorias. Diz que com a exibição dos documentos, restará comprovado que os valores dos produtos variam entre R\$ 4,90 e R\$ 15,00 (a maior parte entre 4,90 e 8,00). Os valores, no AI, foram “arbitrados” sem qualquer comprovação e sem a individualização dos produtos (bermudas, blusas e camisas, que por obvio possuem preços diversos). Assim, não se pode atribuir validade à quantificação e valores dos produtos, que na autuação somaram R\$ 117.840,00.

Argumenta que a validação do lançamento exige a apresentação da comprovação da contagem física e respectivos valores, conforme apuração, a ser realizada antes da autuação, o que não foi

apresentado. Diz que apenas na emissão da NF Avulsa é que foram atribuídos valores aleatórios às quantidades igualmente “apuradas” sem comprovação.

Denuncia que não foi dado o direito de se recusar a receber, na forma apresentada, os produtos, TOF e AI, nem tampouco foram devolvidas as notas fiscais que acompanhavam a operação. Reclama que foi forçada a assinar e receber tudo como apresentado pelo Fisco, sob pena de retenção das mercadorias.

Indica que as notas que serão juntadas foram todas emitidas dia 12/05/15, pelas empresas CAVALHEIRO CAMISARIA LTDA, ANTONIO GEORGE QUINTINO, SANTOS E DUNDA INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES e GLEINYTIL LTDA (cerca de 25 notas), todas situadas em Pernambuco. Requer a nulidade ou improcedência do auto de infração.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 70 a 72, afirmando que a autuação fiscal foi feita dentro das normas legais e atinentes aos princípios Tributários Constitucionais. Confirma que tratando-se de mercadoria ou bem, em situação irregular, pela falta de documento fiscal, para efeito de cobrança do imposto, o fato gerador ocorre no local da operação.

Cita o art. 123 e 124 do CTN, o art. 5º da LC nº 87/96, a alínea “d” do inciso I do art. 39 do RICMS/BA e a Súmula 03 do CONSEF, que admitem a atribuição ao transportador por solidariedade a responsabilidade pelo pagamento do imposto quando os atos ou omissões concorrerem para o não recolhimento do tributo. Diz que o veículo estava registrado em nome do autuado, conforme cópia à fl. 14.

O autuante informa que a competência para lavrar o presente auto de infração foi dada pela Lei nº 11.470/09. Alega, também, que o auto de infração foi saneado pela supervisora e devidamente registrado no SIPRO.

Explica que as mercadorias foram conferidas na manhã do dia 13/05/2015, na presença do motorista, e após o almoço, na presença do proprietário das mercadorias. Diz que o posto fiscal possui três balanceiros para contagem das mercadorias e que em cada fardo existia a descrição das mercadorias e as quantidades.

Informa que a avaliação das mercadorias contou com a ajuda do Fisco de Pernambuco e de Alagoas, que possuem acordo de compartilhamento de informações com o Fisco da Bahia.

Afirma que durante a ação fiscal o autuado não apresentou qualquer documentação fiscal que acobertasse a mercadoria, nem apresentou durante o curso deste processo qualquer documento.

O autuante nega que o autuado foi forçado a assinar o termo e o auto de infração e atribui esta acusação à imaturidade do advogado ou ao nítido objetivo de desqualificar a ação.

O autuante notou que a peça de defesa demonstra desprezo pela competência do agente de tributos em lavrar auto de infração e que a existência de informações restritas ao sistema da SEFAZ demonstra que a sua origem está em alguns insatisfeitos do quadro da SEFAZ pela nova realidade e evolução do fisco.

O autuado voltou a se manifestar à fl. 75, alegando que foi inserido o visto no auto de infração e um carimbo do SIPRO. Requer juntada de documentos e revisão para que seja alcançada a verdade material, quantidades de valores das mercadorias. Insiste pela nulidade do auto de infração.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela remessa dos autos em diligência ao autuante para que este anexasse os documentos obtidos junto ao Fisco de Pernambuco na avaliação das mercadorias apreendidas que serviram de referência na formação da base de cálculo do imposto reclamado.

O autuante, em atendimento à diligência, informou que as mercadorias foram devidamente conferidas e avaliadas de acordo com o previsto na Lei Complementar nº 87/96. Diz que, com a colaboração do Fisco de Pernambuco, foi efetuado o levantamento dos preços médios das mercadorias apreendidas junto aos comerciantes de confecções da região de origem dos produtos.

Apresentou novo demonstrativo com resultado semelhante ao já apresentado no demonstrativo à fl. 03 e garante que preencheu todos os requisitos legais previstos na legislação. Anexou, ainda, declaração do Fisco de Pernambuco que atesta o preço médio de cada mercadoria apreendida e que correspondem aos praticados pelos comerciantes daquele Estado.

VOTO

Este Auto de Infração registra a exigência de imposto em decorrência de flagrante no trânsito de mercadorias de realização de operação de circulação de mercadoria sem documentação fiscal.

O autuado alega, dentre outros motivos para nulidade do presente lançamento, a insegurança na apuração da base de cálculo, já que não foi apresentada a fórmula adotada, nem tampouco qualquer comprovação acerca do montante atribuído às mercadorias.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 72, declara que *“a avaliação das mercadorias foi feita com devido conhecimento dos produtos e auxiliada pelo Fisco de Pernambuco que trabalha compartilhado com o fisco de Alagoas na Divisa Bahia/Alagoas”*. Acrescenta, ainda, que *“o Estado da Bahia possui acordo de compartilhamento com Fisco de Pernambuco/Bahia na Unidade de Juazeiro”* e que recebem deles *“total apoio na avaliação dos produtos”*.

Entretanto, não consta nos autos qualquer documentação que revele o preço corrente da mercadoria apreendida ou similar no local da ocorrência da infração. A alínea “b” do inciso V do § 1º do art. 22 da Lei nº 7.014/96 estabelece como método para arbitramento da base de cálculo do ICMS na hipótese de flagrante de realização de operação de circulação de mercadoria sem documento fiscal que se adote:

“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;”.

Mesmo após o envio do processo em diligência, o autuante não apresentou qualquer documento que pudesse servir de parâmetro para realização do arbitramento da base de cálculo nos termos na Lei nº 7.014/96. A declaração do Fisco de Pernambuco não serve como documento hábil para elaboração do demonstrativo de débito. Não basta o Fisco dizer o valor da mercadoria, tem que estar documentado nos autos os valores praticados pelos comerciantes com aqueles produtos ou similares.

Não foi revelado no presente processo administrativo fiscal qualquer método utilizado para determinação da base de cálculo do imposto reclamado. Apenas declarações de agentes fiscais que não servem de prova em qualquer julgamento administrativo ou judicial. A indeterminação da base de cálculo implica em cerceamento de defesa e constitui afronta ao princípio da legalidade. De acordo com o inciso II do art. 18 do RPAF, são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa.

Em razão da evidente imprestabilidade do presente lançamento de ofício, por defeito na formação da base de cálculo do imposto exigido, não há necessidade de exame das demais

alegações de nulidade feitas pelo autuado nem que o processo fosse remetido para sua manifestação, em atendimento ao princípio da economia processual.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210587.0503/15-2**, lavrado contra **RODRIGUES ALMEIDA ENXOVAIS INFANTIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para tomar conhecimento do feito.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR