

A. I. Nº - 210765.1447/16-4  
AUTUADO - TOP ATACADO DE BEBIDAS E PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRELI - ME  
AUTUANTE - MARISA SOUZA RIBEIRO  
ORIGEM - IFMT SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19.09.2017

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0164-04/17

**EMENTA:** ICMS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato comprovado nos autos. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 03/05/2016, objetivando reclamar crédito tributário na ordem de R\$26.484,75, mais multa de 100%, em face da seguinte acusação: *“Transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal”*. No campo descrição dos fatos foi acrescentado o que segue: *“Refere-se a 52.800 latas de 473 ml de cerveja de marca SCHIN que se encontrava sem documentação fiscal de origem no veículo placa policial OXK-2742/MG, conforme Termo de Ocorrência e documentos anexos. Motorista – Renato Pereira Costa. CPF – 026.705.216-22. Apreensão efetuada como prova material da infração à legislação do ICMS/BA”*.

O autuado, por seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 42 a 52, apresentando os argumentos que passo a sintetizar.

Inicialmente suscita a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com base no Art. 151 do CTN, passando, em seguida, a descrever os fatos constantes do Auto de Infração.

No tópico seguinte passa a arguir a nulidade do Auto de Infração ante a imprecisão na caracterização da infração cometida em razão da falta de descrição do fato imponível.

Assevera que *“o vício formal demonstrado no procedimento fiscal em comento, contamina a ação fiscalizatória realizada, tendo em vista a inexatidão ou imprecisão para determinar o tipo infringente descrito no lançamento de ofício, que materializou a existência do crédito tributário em favor do tesouro estadual”*.

Pontua que a *“existência da lacuna na tessitura do libelo basilar, mais precisamente, da natureza da infração descrita no auto de infração restou comprometida, face a incerteza material e a insegurança jurídica relativa ao crédito tributário, pois imprecisa a exigência narrada pelo autor do feito com o tipo infrator constante do libelo fiscal acusatório, não reportando com fidelidade a materialidade do fato infringente detectado”*.

Com os argumentos acima assevera que *“tem-se que o crédito tributário decorrente do lançamento exordial, padece de vício formal que contamina a ação fiscalizatória, pois a ausência da descrição do tipo legal infrator, ou seja, da falta imputada ao contribuinte, repito, tornou sem efeito os atos posteriores, impossibilitando a realização do contraditório e da ampla defesa”*.

Passa a arguir também a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que o valor da base de cálculo e da multa estão desvinculados de qualquer informação.

A este respeito diz que, de acordo com o demonstrativo de débito, os produtos apreendidos alcançam o valor de R\$98.091,67 sem, no entanto, ter sido juntado aos autos informação alguma

que ateste a pertinência do valor lançado ou sua origem. Com isso, argumenta que não é cabível o fisco estadual lançar valor desprovido de qualquer relação com a situação fática praticado no mercado, ou mesmo com base em estimativa, seria necessário que fossem demonstrados nos autos as fontes e os fundamentos da estipulação do referido valor.

Assevera que em nenhum momento do processo, até então, é feita referência à origem do valor lançado, razão pela qual entende se tratar de nulidade, considerando que tal situação significa injustificado ônus para o contribuinte autuado. Pugna pela nulidade do lançamento.

Ao adentrar ao que qualifica como mérito da autuação, destaca a ocorrência de *“falta de clareza e prejuízo ao princípio do contraditório e da ampla defesa”*. A este respeito reporta-se ao Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal/88, ao tratar do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, destacando que é da essência da autuação a indicação sucinta da origem e natureza do crédito tributário, mencionando especificamente a disposição da lei em que seja fundado e a descrição completa dos fatos. O sujeito passivo deve conhecer plenamente as acusações que lhe são imputadas para que possa, adequadamente, rebatê-las, sob pena de nulidade do auto de infração.

No presente caso, diz que o Auto de Infração é nulo desde seu início por não atender o disposto na Legislação Estadual que trata dos requisitos da lavratura do auto de infração, ato pelo qual se formaliza a exigência do crédito tributário, isto porque não lhe permite precisar exatamente a infração cometida, vedando o pleno exercício ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Em seu socorro cita e transcreve Ementa de decisão oriunda da 2ª Câmara Permanente de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais.

Adiante afirma que cotejando a descrição da infração averiguada, tal como narrada, com os documentos juntados ao Auto de Infração, infere-se, claramente, serem insuficientes para estabelecer ao certo se a autuante constatou o transporte de mercadorias sem notas fiscais ou se apenas em razão da não escrituração das notas fiscais de entrada, presumiu a venda das mesmas sem notas fiscais. Com este argumento garante que o fato descrito é omissivo, havendo ausência da descrição do fato de forma clara e precisa.

Passa a fazer uma explanação acerca do que intitula como *“DO EQUIVOCADO CONCEITO DE MERCADORIA EMPREGADO PELO FISCO ESTADUAL”*, onde cita lições da lavra de eminentes Mestres do Direito, onde conclui afirmando que *“As operações apontadas pelo agente fiscal, por não se caracterizarem como circulação de mercadorias, são, portanto, inábeis à transferência do domínio e estão fora do campo de incidência do ICMS, encontrando-se na mesma situação dos exemplos fornecidos pelos doutrinadores acima, razão pela qual não pode prosperar o auto de infração”*.

Em conclusão requer que seja reconhecida a Nulidade do Auto de Infração, *“seja pela sua imprecisão na caracterização da infração cometida e falta de descrição do fato imponível; seja pelo valor lançado como base de cálculo do imposto e da multa fiscal totalmente desvinculado de informação alguma que ateste a pertinência do valor lançado ou sua origem; seja por sua falta de clareza que acarretou prejuízo ao princípio do contraditório e da ampla defesa”*.

Finalmente pontua *“que caso superadas as preliminares invocadas, no mérito, requer a total Improcedência do Auto de Infração e o seu consequente cancelamento, vez que a mercadoria apreendida não tinha o objeto de mercantilização”*.

A autuante prestou Informação Fiscal, fls. 65/66, onde inicialmente refutou a preliminar de nulidade levantada na defesa, aduzindo que foi lavrado o termo de ocorrência (fl. 07) para materializar nos autos o procedimento de conferência das mercadorias transportadas, descrevendo em detalhes os procedimentos realizados, e indicando com precisão o volume das mercadorias encontradas desacompanhadas de documentação fiscal, estando devidamente assinado pelo condutor do veículo e procurador da autuada.

Acrescentou que, em decorrência disto, foi lavrado o termo de ocorrência fiscal, acostado à fl. 03, onde consta expressamente: "*Apreensão efetuada como prova material da infração à Legislação do ICMS/BA*", também devidamente assinado pelo motorista, não deixando qualquer dúvida de que já estava iniciado o procedimento fiscal. Desta maneira, considera que se torna despciando maiores delongas sobre a validade da descrição do fato imponible, já que este se deu dentro dos moldes exigidos por todas as normas regulamentares, como se depreende da documentação que acompanha o PAF.

Adentrando ao mérito, cita que a constatação de mercadorias sendo transportadas sem documentação fiscal, se deu por conferência física da carga, não tendo na oportunidade sido apresentada qualquer documento fiscal que acobertasse a mercadoria descrita do Termo de Ocorrência (fl. 07).

Diz que, em relação à base de cálculo esta se encontra demonstrada com clareza nas fls. 05 e 06, assim como, conforme o que prevê o RPAF/BA, na fl. 06 o levantamento de preço em empresa atacadista em relação ao custo unitário da mercadoria apreendida. Quanto à multa aplicada diz que é a prevista no Art. 42 do RICMS pela infração cometida (mercadoria transportada sem documentação fiscal de origem).

Destaca que encontra-se patente a falta de documento fiscal confirmado pelo requerimento feito pela autuada (fl. 08) onde a mesma confirma ser proprietária da mercadoria descrita no Termo de Ocorrência nº 210765.1447/16-4, fl. 03, as quais foram apuradas na contagem física.

Ao finalizar, por entender estarem rechaçados todos os pontos da defesa, requer que o presente Auto de Infração seja julgado Procedente.

#### VOTO

Analisando os argumentos defensivos presentes nestes autos, verifiquei que apesar do defendente também se referir ao mérito da autuação, todas as postulações se relacionam a questões de ordem preliminar, inerentes a pretensa nulidade do Auto de Infração, e assim serão enfrentados.

Quanto a questão envolvendo o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ressalto que ela só se efetiva nos termos citados pelo Art. 151 do CTN, observando, contudo, que a definitividade das decisões no processo administrativo fiscal se efetiva nos termos consignados pelo Art. 173-A do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA. Portanto, **na situação em que o presente processo se encontra neste momento, ou seja, em sede de julgamento em primeira instância,** a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal está assegurada.

Passo a enfrentar as arguições de nulidades suscitadas pela defesa. Assim, em relação a alegada imprecisão na caracterização da infração bem como da falta de descrição do fato imponible, vejo que não tem amparo estes argumentos.

Isto porque, além do procedimento fiscal ter atendido todo o regramento estabelecido a partir do Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, a descrição dos fatos está posta tanto no Auto de Infração quanto no Termo de Ocorrência Fiscal, onde resta demonstrado que foram encontradas pela fiscalização 52.800 latas de 473 ml de cerveja marca Schin desacompanhadas de documento fiscal. Este fato está confirmado através do Termo de Ocorrência de fl. 07, assinado pelo motorista condutor do veículo.

Também, esta situação se confirma através do próprio requerimento formulado pela empresa, fl. 8, onde declara que as mercadorias objeto do Termo de Apreensão são de sua propriedade e reconhece que a própria empresa seria a destinatária da mercadoria que fora apreendida.

Aliado aos fatos acima, o Termo de Liberação de Mercadorias nº 33.942, fl. 13, aponta que as mercadorias foram entregues à autuada, em razão da transferência de fiel depositário.

Assim, inexistem a propalada imprecisão na caracterização da infração e, de igual forma, a falta de descrição do fato imponible, razão pela qual não acolho estes argumentos defensivos relativos a nulidade do Auto de Infração.

Melhor sorte não assiste ao autuado em relação ao argumento seguinte relacionado a falta de indicação do cálculo ou origem na determinação da base de cálculo da infração.

Isto porque a autuante, inicialmente, para efeito de determinação do valor unitário da mercadoria apreendida, procedeu ao levantamento do preço corrente da mercadoria em estabelecimento atacadista, conforme se verifica através do demonstrativo de fl. 06, atendendo, desta maneira, mandamento previsto pelo Art. 22 da Lei nº 7.014/96, conforme abaixo destacado:

*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:*

*I - operação ou prestação sem emissão de documento fiscal ou com documentação fiscal inidônea;*

*IV - qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto.*

*§ 1º O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:*

*V - na fiscalização do trânsito:*

*a) para fins de cobrança do imposto por antecipação, relativamente ao valor adicionado estando as mercadorias acompanhadas de documentação fiscal, depois de adicionadas ao custo real as parcelas do IPI, fretes, carretos e outras despesas que hajam onerado o custo, será acrescentado, a título de lucro, o percentual correspondente, fixado em regulamento;*

*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;*

Consta, ainda, fl. 05, o efetivo cálculo do valor básico para efeito do lançamento, com base no levantamento de preço acima referido, onde foi considerado, inclusive, a redução da base de cálculo de 24%, conforme previsão no Art. 268, inciso XLVIII do RICMS/BA, alcançando, desta maneira, o valor de R\$98.091,67 sobre o qual incidiu a alíquota de 27% (25% + 2%) para alcançar o imposto exigido de R\$26.484,75.

Merece registro o fato do autuado ter tido pleno conhecimento deste cálculo, tanto que, em sua peça defensiva refere-se ao valor da base de cálculo de R\$98.098,67, portanto não se sustenta a dita falta de demonstração ou informação.

Afasto, também, este argumento de nulidade do Auto de Infração.

As alegações tidas como razões de mérito apresentadas pela defesa, a rigor, se tratam de repetições de argumentos já apresentados em preliminar e, por igual, já analisados, ou sejam, falta de clareza do Auto de Infração e prejuízo ao princípio do contraditório e da ampla defesa, os quais, em verdade, não se sustentam, vez que, como já visto, inexistem estas as situações.

As questões citadas relativas a decisão oriunda do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais em nada lhe socorre, por se tratar de Tribunal Administrativo originário de outro ente federativo, portanto, além de pontuar matéria diferente da que aqui se discute, não pode ser considerada neste julgamento já que não possui efeito vinculante.

Quanto ao tópico relacionado a “equivocado conceito de mercadoria empregado pelo fisco estadual” vejo ser desnecessário qualquer alusão a esta questão, pois em nada se relaciona ao objeto da autuação.

Por fim, quanto a multa aplicada, é a legalmente prevista para a ocorrência apontada na autuação, portanto fica mantida.

Em conclusão voto pela Procedência do presente Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210765.1447/16-4** lavrado contra **TOP ATACADO DE BEBIDAS E PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRILI – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.484,75**, acrescido da multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso IV “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 06 setembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR