

PROCESSO	- A. I. Nº 210716.0096/18-3
RECORRENTE	- ATALAT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0209-03/18
ORIGEM	- IFMT SUL
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 15/07/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0106-11/20-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que o contribuinte não apresentou as notas fiscais das mercadorias encontradas fisicamente no veículo em que as transportava. Comprovada documentalmente a base de cálculo. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0209-03/18, que por unanimidade, julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 06/03/2018, interposto pelo Contribuinte, inconformado com a referida decisão, nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$23.710,88, tendo em vista as infrações abaixo:

Infração 01: Transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal.

Fundamentação Legal: Art. 6º, incisos III, alínea “d” e IV, Art. 34, incisos VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014/96 c/c os Art 83, inciso I, Art. 101 do RICMS/2012 (Decreto nº 13.780/2012).

O autuado apresentou impugnação (fls. 46 a 56) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 138 a 140), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3ª JJF que optou pela Procedência Total do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

O Impugnante suscitou preliminar de nulidade do Auto da Infração alegando a falta de motivação da autuação, aduzindo que a capitulação da irregularidade apostava no Auto de Infração limitou-se a reproduzir artigos genéricos do RICMS-BA, resumindo ao extremo os fatos ocorridos impossibilitando seu exercício da ampla defesa.

Ao compulsar os autos constato que o Auto de Infração, juntamente com os anexados aos e as explicações fornecidas pelo Autuante, descrevem perfeitamente a infração praticada, bem como os dispositivos infringidos e multas aplicadas, além de indicar as parcelas que estão sendo objeto de cobrança. Assim, não vislumbro ausência de motivação alguma para ser invocado o princípio da ampla defesa, precipuamente pelo fato de que o Autuado defendeu-se de maneira clara, tendo perfeito conhecimento do que esta sendo acusado e articulando suas razões de defesa de forma objetiva.

Ademais, de acordo com o §1º, do art.18, do RPAF-BA/99, as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário,

Logo, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento fiscal, pois no ato administrativo não se afigura qualquer violação aos princípios processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa, eis que se encontra consubstanciado em farta prova documental produzida pelo agente fiscal e inserida nos autos através dos demonstrativos e documentos juntados às fls. 07 a 28.

No que concerne ao pedido para realização de perícia técnica, fica indeferido nos termos do art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF-BA/99, em razão de que as provas constantes destes autos são suficientes para a formação

do juízo de valor acerca da lide pelos julgadores.

No mérito, o Auto de Infração lavrado no âmbito do trânsito de mercadorias imputa ao Autuado a acusação de transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

Consta da Descrição dos Fatos que “... após conferência física das mercadorias ficou comprovado que a carga transportada tem mercadorias tributadas sem documentação fiscal, conforme demonstrado em planilha anexa, fl. 08, 1.550kg de Manteiga em lata de 10kg, 710kg de Manteiga, em lata de 5kg, 960kg de Manteiga, em pote de 500g, 518,4kg de Manteiga em pote de 200g, 952g de Queijo Tipo Mussarela e 950kg de Queijo Tipo Prato.”

Em sua defesa o Autuado pugnou pela procedência parcial da autuação aduzindo que, a operação objeto do Auto de Infração, apesar de se tratar de operação interestadual as mercadorias não sujeitam ao regime da substituição tributária na Bahia e foi aplicada equivocadamente para apuração da base cálculo a Margem de Valor Agregado, no importe de 30,43%, bem como, que foi considerada a alíquota de 18%, correspondente às operações internas, em desfavor da alíquota de 7%, referente às transações entre Estados.

De plano, deve ser observado que a acusação fiscal se constitui de operação de trânsito interestadual de mercadorias não acobertadas pela competente documentação fiscal exigida para a correspondente operação. No presente caso, se infere individuosamente a identificação do remetente das mercadorias por sua discriminação nos Danfes que acompanhavam conjuntamente as demais mercadorias não apreendidas por estarem acobertadas pelas correspondentes notas fiscais e apresentadas durante a ação fiscal. Entretanto, o mesmo não se pode aquilatar das mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, ou seja, se constituem de operação sem destinatário certo.

A legislação de regência nas operações é comandada pelos dispositivos a seguir reproduzidos:

Lei 7.014/96

“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:

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; ou

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

RICMS-BA/12, vigente por ocasião da ocorrência do fato gerador:

“Art. 298 ...

[...]

§14. Para determinação da base de cálculo da substituição tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas nesse regime de tributação, o percentual da margem de valor agregado a ser aplicado sobre o valor da operação deverá ser ajustado (“MVA Ajustada”), calculado segundo a fórmula: “MVA Ajustada = [(1+ MVA ST original) x (1 - ALQ inter) / (1 - ALQ intra)] -1”, onde:

I - “MVA ST original” é a margem de valor agregado prevista na legislação do Estado da Bahia para suas operações internas com os produtos relacionados no Anexo 1 deste regulamento;

II - “ALQ inter” é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

III - “ALQ intra” é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto localizado no Estado da Bahia, nas operações com as mesmas mercadorias listadas no Anexo 1, deste regulamento.

[...]

§17. Os percentuais de lucro (MVA ST original) nas operações internas para antecipação ou substituição tributária nas operações com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária por

antecipação são os seguintes, devendo ser efetuado o ajuste deste percentual nas hipóteses de operações interestaduais nos termos do §14 deste artigo:

I - gêneros alimentícios: 15%;

Assim, depois de cotejar e coligir os elementos constantes dos autos e confrontar com os dispositivos legais supra reproduzidos, constato a correta aplicação da MVA ajustada no presente caso, como carreada aos autos pelo Autuante, à fl. 140, no percentual de 30,43%, apurada da fórmula preconizada: $30,43\% = [(1 + 0,15) \times (1 - 0,07)] / (1 - 0,18) - 1$.

Alegou também o Autuado que na apuração do débito foi utilizado o peso bruto das referidas mercadorias, desconsiderando o peso líquido.

Quanto a essa alegação, depois de examinar o contraditório com base nos demonstrativos e elementos carreados aos autos pelo Autuante, verifico que não assiste razão à Defesa, haja vista que, de acordo com o quadro resumo acostado à fl. 08, resta claramente evidenciado que, ao contrário do que aduziu o Impugnante, o peso das mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal foi apurado nos mesmos moldes que os constantes na documentação fiscal.

Logo, a quantidade das mercadorias, objeto da autuação, utilizadas na apuração da base cálculo, bem como, o seu custo e a MVA adotada pelo Autuante refletem, de forma inequívoca, os elementos constatados por ocasião da lavratura do presente Auto de Infração, que culminou com a com a devida aplicação da legislação atinente à irregularidade cometida.

Portanto, afigura-se correto o procedimento fiscal para exigir o imposto em tela, acrescentando que se encontra à fl. 07, o Demonstrativo de débito e base de cálculo do ICMS devido, conforme descrito no Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 27, e em total consonância com a legislação baiana do imposto.

Convém ressaltar ainda que a multa sugerida no Auto de Infração é a prevista na alínea “a”, do inciso IV, do art. 42, da Lei 7.014/96: “100% (cem por cento) do valor do imposto: a) quando a operação ou prestação estiverem sendo realizadas sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea.” Portanto, acertada a sua aplicação.

Concluo pela subsistência da autuação.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Após julgamento pela 3^a JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, foi interposto Recurso Voluntário pelo autuado, às fls. 160 a 169 no qual requer que seja reconhecida a violação aos princípios da ampla defesa, o contraditório e a necessidade de fundamentação do ato administrativo mediante anulação do Auto de Infração, e que na hipótese de não anulação pelos vícios mencionados, que seja reformado para que se calcule o tributo em conformidade com o peso líquido das mercadorias, sem qualquer aplicação de MVA, bem como, se considere a alíquota interestadual de 7%.

Inicialmente o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS devido em virtude do transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

A autuada alega em seu Recurso Voluntário que “*como restou provado no decorrer da impugnação administrativa, o auto de infração foi lavrado em desconformidade com a lei de regência, uma vez que: a) a tributação incidiu sobre o peso bruto, desconsiderando o peso líquido das mercadorias; b) os produtos transportados sem a documentação fiscal não se relacionam ao regime da substituição tributária no Estado da Bahia, sendo inaplicável a margem de valor agregado; c) por se tratar de operação interestadual, a alíquota devida é de 7% sete por cento), e não a de 18% dezoito por cento), devida em operações internas*”.

Alega que não se pode chancelar conclusão da JJF, pois, resta incontroversa a operação interestadual de venda de mercadorias, da região sudeste, com destino a região nordeste do País, (leia-se, da cidade de Ataleia-MG, para Cruz das Almas-BA, Feira de Santana-BA, Santo Amaro-BA, Cachoeira-BA, Santa Luzia-BA e Tucano-BA) devendo ser aplicada a alíquota de 7% e não a alíquota de 18% referente as operações internas, com supedâneo no artigo 1º da Resolução do Senado nº 22/1989.

Diz ainda que os produtos objetos da autuação fiscal não estão abarcados pelo regime da substituição tributária no Estado da Bahia, portanto não subsiste fundamento jurídico para o

acrédito da MVA à base de cálculo constantes nas notas fiscais, regularmente, emitidas, manifestadas e entregues à fiscalização, e que a fiscalização considerou o peso bruto das mercadorias, desconsiderando o peso líquido que consta nos rótulos das embalagens.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Contribuinte, nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, inconformado com a decisão da 3ª JJF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 06/03/2018, que exige o valor histórico de R\$23.710,88, com base nos Art. 6º, incisos III, alínea “d” e IV, Art. 34, incisos VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014/96, c/c os Art 83, inciso I, Art. 101 do RICMS/2012 (Decreto nº 13.780/2012).

Em sede de preliminar, solicita nulidade do Auto de Infração, pois mesmo a JJF entendendo que não houve qualquer falta ao princípio motivador que impossibilitasse o exercício da ampla defesa, uma vez que o Auto de Infração continha a indicação correta do que estava sendo cobrado, a recorrente entende que não foi especificado de forma clarividente quais os dispositivos infringidos e quais as causas da infração, penaliza o sujeito passivo com a impossibilidade de uma análise interpretativa correta para subsumir o fato à norma jurídica, acarretando-lhe o pior dos cenários, a incapacidade de se insurgir contra à sanção que lhe foi atribuída.

Pede que esta CJF ateste a nulidade do referido auto, por este ser desprovido de qualquer fundamentação técnica que autorize a utilização do peso bruto das mercadorias, da margem de valor agregado, do regime de substituição tributária e da alíquota de 18%.

Alega a recorrente, que de acordo com o Art. 39, inciso III do RPAF, o Auto de Infração deverá conter a “*a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta*” bem como “*a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória*”

Já o Art. 18 do RPAF, imprescindível para tipificar os atos sujeitos à nulidade, de que são nulos o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator:

Art. 18. São nulos:

...
IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Importante analisar as fundamentações legais que ensejaram a autuação, a começar pelos Art. 6º, inciso III, alínea “d” e IV e Art. 34, incisos, VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014/96, c/c o Art. 83, inciso I e Art. 101 do RICMS/BA, a seguir transcritos:

Lei 7.014/96

“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:

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; ou

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

RICMS-BA/12, vigente por ocasião da ocorrência do fato gerador:

“Art. 298 ...

[...]

§14. Para determinação da base de cálculo da substituição tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas nesse regime de tributação, o percentual da margem de valor agregado a ser aplicado sobre o valor da operação deverá ser ajustado (“MVA Ajustada”), calculado segundo a fórmula: “MVA Ajustada = [(1+ MVA ST original) x (1 – ALQ inter) / (1- ALQ intra)] -1”, onde:

I - “MVA ST original” é a margem de valor agregado prevista na legislação do Estado da Bahia para suas operações internas com os produtos relacionados no Anexo 1 deste regulamento;

II - “ALQ inter” é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

III - “ALQ intra” é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto localizado no Estado da Bahia, nas operações com as mesmas mercadorias listadas no Anexo 1, deste regulamento.

[...]

§17. Os percentuais de lucro (MVA ST original) nas operações internas para antecipação ou substituição tributária nas operações com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação são os seguintes, devendo ser efetuado o ajuste deste percentual nas hipóteses de operações interestaduais nos termos do §14 deste artigo:

I - gêneros alimentícios: 15%;

Em observância ao Art. 39, incisos III e V, os fatos que ensejaram tal obrigação estão muito claros, devidamente tipificada, com base nos respectivos dispositivos legais, além do que, as informações necessárias estão devidamente anexadas às fls. 07 a 28, logo, rejeito a preliminar de nulidade.

No que tange às indagações elencadas no Recurso Voluntário, estas estão mais vinculadas ao mérito, uma vez que tratam diretamente do cálculo das infrações que ensejaram a referida cobrança, as quais passamos a analisar.

No que tange ao questionamento de que a tributação incidiu sobre o peso bruto, desconsiderando o peso líquido das mercadorias, conforme análise do demonstrativo do autuante à fl. 8, e informado em sua ação fiscal, ficou demonstrado que a diferença foi calculada tomando-se por base o total de mercadorias no veículo, fazendo o cotejo total das mercadorias, abatendo aquelas que estavam acompanhadas por nota fiscal.

Em relação à alegação de que os produtos transportados não estão na substituição tributária, está previsto no Art. 22 da Lei nº 7.014/96, inciso I, que a autoridade poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível apurar o valor da operação ou prestação, quando realizadas sem a emissão de documento fiscal, que é o caso em questão.

Analizando o §1º, inciso V do citado artigo, no caso da fiscalização em trânsito, poderá ser adotada, no caso de ausência do documento fiscal, o preço usualmente praticado no mercado, conforme já mencionado na decisão de piso.

Lei 7.014/96

“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:

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; ou

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

Resta claro que o preço usualmente praticado no mercado, pode ser encontrado aplicando as margens de valor agregados, que demonstram uma previsão do preço final, constantes no Art. 298 do RICMS/BA, especificamente no §17, margem esta, que após os devidos ajustes, resulta na MVA AJUSTADA de 30,43% (demonstrativo já apresentado pela JJF).

Questiona a aplicação da alíquota de 18%, ao invés da alíquota aplicável à operação interestadual, que seria 7%. Entretanto, por se tratar de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, em território baiano, infração inclusive prevista no Art. 40, § 3º da Lei nº 7.014/96, e baseando-se no Art. 15, inciso I e § 3º da citada Lei, deverá ser utilizada a alíquota interna aplicável à mercadoria e operação (neste caso, interna, já que não foi possível definir o destinatário).

Por todas as razões e exposição de motivos acima apresentadas, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, devendo ser mantida a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210716.0096/18-3**, lavrado contra **ATALAT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.710,88**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de Maio de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS