

A. I. N° - 206924.0004/03-3  
AUTUADO - JOÃO EDUARDO ALVIM FREITAS & CIA. LTDA.  
AUTUANTE - GIOVANI AGUIAR DA SILVA  
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 02.09.2003

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0332-04/03**

**EMENTA:** ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovado nos autos a existência de mercadorias em poder do sujeito passivo acompanhadas de documentação fiscal inidônea. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 02/06/03, exige ICMS no valor de R\$ 2.245,01, em razão de descumprimento de obrigação tributária principal, sem que tenha havido dolo. Na descrição dos fatos, o autuante explica que foram adquiridas mercadorias com documentação inidônea, emitida por contribuintes não habilitados perante o fisco do Estado de origem.

O autuado apresentou defesa, às fls.36 a 47, inicialmente, teceu considerações sobre a natureza jurídica do ICMS e o princípio da não-cumulatividade, para demonstrar que é inconstitucional e ilegal a glosa de créditos fiscais destacados em documentos fiscais. Para embasar suas alegações transcreveu dispositivos constitucionais, legais e citou doutrina.

Prosseguindo em sua defesa, afirma que o direito ao crédito fiscal de ICMS decorre da entrada de mercadoria no estabelecimento do contribuinte. Frisa que optou pelo regime do SIMBAHIA e que não utiliza, como crédito fiscal, o imposto destacado nos documentos fiscais. Assevera que não lhe cabe fiscalizar os seus fornecedores, nem lhe é possível pedir certidão negativa cada vez que efetuar uma compra. Aduz que, se as empresas vendedoras estão em situação irregular, caberá o fisco dos Estados de origem exigir os seus créditos perante os devedores.

Salienta que as mercadorias adquiridas estavam acobertadas por notas fiscais que preenchem os requisitos legais, que foram carimbadas pelo postos existentes no percurso e que estão registradas nos seus livros. Ressalta que, no processo, não se levanta dúvida sobre a realização das compras das mercadorias, mas somente se alega o cancelamento da inscrição cadastral dos estabelecimentos vendedores. Assegura que, por optar pelo regime do SIMBAHIA, apura o imposto devido em função da receita bruta ajustada, nos termos do art. 386-A, do RICMS-BA/97. Ao final, pede a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fl. 49, o autuante diz que o Auto de Infração foi lavrado por ter sido constatada infração a legislação tributária, conforme Art. 36, do Dec. 6.284/97, 408-O e 938, I, "g", do RICMS-BA/97. Aduz que, os argumentos defensivos discorrem sobre alegação de inconstitucionalidade da autuação, o que não é de sua competência contestar. Entretanto, reafirma as razões que motivaram a autuação com base na legislação do ICMS/Ba.

## VOTO

Inicialmente, transcrevo o art. 408-O, I, do RICMS-BA/97, o qual fundamentou a autuação, conforme consta na descrição dos fatos:

*Art. 408-O. Sendo encontradas mercadorias em poder de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante desacompanhadas de documentação fiscal ou com documentação considerada inidônea, será exigido o pagamento do ICMS, adotando-se como base de cálculo:*

*I - o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual da margem de valor adicionado (MVA) correspondente, de acordo com as alíneas “a” a “g” do inciso I do art. 938;*

*[...]*

Analizando o fato descrito no Auto de Infração para verificar se ocorreu a hipótese prevista no dispositivo regulamentar transcrito acima, constato que diversos documentos fiscais, exceto os de folhas 15 a 17, são inidôneos, nos termos do artigo 209, VII, “b”, do RICMS-BA/97, pois foram emitidos por contribuintes em situação cadastral irregular.

As aquisições arroladas no lançamento ocorreram no período de 2000 a 2002, enquanto a ação fiscal ocorreu em 2003, portanto, não se pode afirmar que as mercadorias objeto da autuação foram encontradas em poder do autuado no momento da autuação. Entendo que só com um levantamento quantitativo de estoque, procedimento que não foi adotado pelo autuante, poder-se-ia afirmar que as mercadorias em questão estavam em poder do contribuinte no momento da ação fiscal. Dessa forma, considero que não se pode aplicar o dispositivo regulamentar transcrito acima, uma vez que o pressuposto básico (encontrar a mercadoria em poder do contribuinte) não está provado nos autos.

Ademais, o imposto devido pelo autuado nas operações subsequentes realizadas neste Estado é pago pelo Regime Simplificado de Apuração – SIMBAHIA, o qual não comporta a apropriação de créditos fiscais. Assim, fica afastada a hipótese de utilização indevida de crédito fiscal.

Ao constatar que as notas fiscais eram inidôneas, o autuante poderia excluir, do abatimento de 20% previsto no art. 384-A, § 1º, do RICMS-BA/97, os valores correspondentes e, em seguida, verificar se houve mudança de faixa de enquadramento do contribuinte no regime do SIMBAHIA e se, em consequência dessa mudança, houve recolhimento a menos do imposto devido. Todavia, entendo que esse procedimento não pode ser adotado no presente lançamento, pois implicaria clara mudança do fulcro da autuação, além de mudar o roteiro de auditoria fiscal que foi aplicado e a multa que seria cabível, caso realmente houvesse imposto a recolher.

Em face do comentado acima, considero que a infração não está caracterizada e, em consequência, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 206924.0004/03-3, lavrado contra JOÃO EDUARDO ALVIM FREITAS & CIA. LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR