

A. I. N.º - 938341790
AUTUADO - MARCELO GIGANTE SOUZA
AUTUANTE - YVANISE ALMEIDA VEIGA
ORIGEM - IFMT DAT-METRO
INTERNET - 20/04/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073-03/09

EMENTA: ICMS. EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devidos pelo contribuinte de direito, qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, ou simples entrega, desacompanhadas da documentação exigível, ou com documentação fiscal inidônea. Rejeitada as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 05/06/2008, na fiscalização ao trânsito de mercadorias, e reclama ICMS no valor de R\$8.241,11, com aplicação de multa de 100%, em razão de operação de transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 073.891 à fl. 02, descrevendo a mercadoria como 205,73 m² de granito, no valor de R\$30.859,50, e 117,45 m² de mármore, no valor de R\$17.617,50, totalizando a base de cálculo de R\$48.477,10.

Cópia de Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo de aluguel emitido em nome de Robson Alves de Paula, e cópia de Carteira Nacional de Habilitação em nome do autuado, à fl. 04. Demonstrativo da Apuração da Base de Cálculo à fl. 06, com base de cálculo de R\$48.477,10, e ICMS de R\$8.241,11. Requerimento de Transferência de Depositário para a empresa Gilvan Mármore e Granitos LTDA, à fl. 10, e Termo de Transferência de Fiel Depositário para a mesma empresa, à fl. 22.

O autuado, por intermédio do mandatário Sr. Derivan Manoel do Nascimento, com Procuração à fl. 33, impugna o lançamento de ofício às fls. 26 a 32, inicialmente identificando-se como “MARCELO GIGANTE DE SOUZA, pessoa física de direito privado, residente na Rua do Mocambo Nº 302, Salvador/BA, com CPF sob nº. 895.177.845-20”, e em seguida citando os termos da imputação e a descrição dos fatos constante no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 073.891 (fl. 02). Prossegue tecendo comentários acerca da atividade administrativa de fiscalização, aduzindo ser, a mesma, vinculada à Lei, citando o artigo 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional - CTN.

O sujeito passivo diz que “Carregado em Cachoeiro de Itapemirim – Espírito Santo, chegou a Salvador em 04/06/2008, na manhã do dia 05, quando localizava a compradora das mercadorias, (Granito e Mármore), foi abordado pelo preposto Fiscal Sr. Carlos Antônio Santos Rocha que solicitou apresentação dos documentos fiscais e lhe foi entregues três notas fiscais as de nº 00660, com faturamento de 102 m² de granito a de nº 01158 com 45 m² de granito, e a de nº 02888, com 256,76 m² de mármore bem como, o documento de recolhimento do frete.” Que o procedimento do Fisco foi “irregular, tendo em vistas que as mercadorias estavam regularmente documentadas. Com apreensão das destinadas a empresa Gilvan Mármore e Granitos LTDA, bem como, a

apreensão do veículo transportador conduzido pelo Sr. Marcelo Gigante de Souza que permaneceu com o veículo retido no pátio da Inspetoria a partir do dia 05 até o dia 10/06/2008, quando foi liberado os documentos do veículo e a carteira de habilitação do motorista.” Que “O Termo da Apreensão das Mercadorias foi emitido sob a alegação da mesma estar desacompanhada de documentação fiscal, fato que não corresponde à verdade haja vista que conforme informação do transportador a documentação foi exigida pelo preposto já mencionado, o Sr. Carlos Rocha e entregue ao mesmo, e a documentação do veículo juntamente com a habilitação do condutor entregue ao Sargento/PM Brito que acompanhava a diligência fiscal. O transportador das mercadorias buscou de todas as maneiras resolver o impasse, inclusive demonstrando que as mercadorias estavam acompanhadas da documentação fiscal e tudo que devia foi pago, contudo o veículo foi conduzido para a IFMT/Metro na Calçada e a partir daí o Sr. Carlos Rocha desapareceu sem devolver as notas fiscais a ele apresentada nem entregar o Auto de Infração de nº 938.341790 que segundo o Sr. Carlos foi lavrado em 05/06/2008.” Que “Ao tentar resolver a questão junto ao Sr. José Arnaldo que se identificou como inspetor chefe, este lhe informou que não concordava com a ação do Sr. Carlos Rocha, contudo não poderia resolver o problema alegando que somente o Sr. Carlos poderia resolvê-lo.” Que “Com a assinatura do fiel depositário a empresa compradora recebeu as mercadorias, contudo não lhe foram entregues as Notas Fiscais e o documento de pagamento do Frete. Em contato com as vendedoras das mercadorias o transportador conseguiu cópias das Notas Fiscais e do documento comprobatório do pagamento do Frete as quais acostamos”. Diz ainda que, por orientação do Inspetor Sr. José Arnaldo, foi prestada denúncia à Corregedoria da Fazenda. Afirma que o Auto de Infração seria nulo porque no mesmo existiriam as irregularidades que elenca como:

- a) “PROVA DA EXISTÊNCIA DAS NOTAS FISCAIS” – “O fundamento da defesa é a prova de existência das Notas Fiscais, está sendo acostado xerox das cópias das Notas Fiscais adquiridas junto aos fornecedores, bem como do documento de recolhimento do Frete. (Doc. 01 a 04), existindo as Notas Fiscais é engendrada a acusação de falta de documentação fiscal.”
- b) “AUTO LAVRADO EM NOME DO TRANSPORTADOR QUANDO AS MERCADORIAS TÊM IDENTIFICADO À RECEBEDORA” – “O presente Auto de Infração foi lavrado contra o condutor, entretanto, havendo Notas Fiscais e identificado o destinatário das mercadorias, se houvesse irregularidades, quem responderia seria o comprador. (Doc. 05 e 06).”
- c) “APREENSÃO DO CAMINHÃO DO DIA 05/06/2008 AO DIA 10/06/2008” – “É irregular a apreensão do caminhão que transportava a mercadoria durante os dias 05 a 10/06/2008, como imposição para pagamento de suposto débito.”
- d) “CONSTA COMO ENDEREÇO A RUA DO MOCAMBO Nº 302 – E, ESTRADA VELHA DO AEROPORTO EM SALVADOR, MESMO ENDEREÇO DA EMPRESA COMPRADORA E O MOTORISTA RESIDE NO ESPÍRITO SANTO” – “Consta no Auto Infração como endereço o da Nota Fiscal, Rua do Mocambo, nº 302 – E, Nova Brasília, Estrada Velha do Aeroporto Salvador/BA, enquanto o detentor autuado é do Espírito Santo, vide Nota Fiscal.”
- e) “BASE DE CÁLCULO” – “A base de cálculo diz ser declarado pelo detentor, o motorista, quando a legislação prevê, o preço praticado no comércio. Por outro lado, levantado como foi não demonstrou como chegou o preposto fiscal a tal valor R\$48.477,10. (Doc. 08). Vale observar que não foi efetuada nenhuma contagem física das mercadorias, tudo foi calculado aleatoriamente inclusive o preço.”
- f) “NO AUTO INFRAÇÃO CONSTA R\$ 16.482,22 E NO DAE EMITIDO O VALOR É DE R\$14.155,64” – “No Auto Infração consta como total do débito R\$16.484,22 e no DAE emitido para a liquidação R\$ 14.155,64 o que comprova a participação em forçar o indevido recolhimento. (Doc. 07 e 09).”

O autuado conclui pedindo pela declaração de nulidade do Auto de Infração, e protestando por todos os meios de prova em Direito admitidos, inclusive por prova técnica pericial, se necessária.

O contribuinte anexou ao processo, à fl. 23, cópia da Nota Fiscal Avulsa nº 0806992008, emitida pela SEFAZ/BA em 10/08/2008, às 9h:47 min, descrevendo os produtos como “Mercadorias constantes do Termo de Apreensão nº 073891” (fl.02); à fl. 35, cópia da Nota Fiscal nº 0660, com data de emissão e de saída de 31/05/2008, descrevendo a mercadoria como 102,10 m² de granito esverdeado polido, com valor unitário de R\$29,30 e valor total de R\$2.991,50; à fl. 36, cópia da Nota Fiscal nº 01158, com data de emissão e de saída de 30/05/2008, descrevendo a mercadoria como 45 m de granito preto polido, com valor unitário de R\$38,10 e valor total de R\$1.714,50; à fl. 37, cópia da Nota Fiscal nº 002888, com data de emissão e de saída de 30/05/2008, descrevendo a mercadoria como 25,760 m² de M.RC comum 0200 polido, com valor unitário de R\$15,50 e valor total de R\$3.979,78. Tais notas fiscais citam como destinatária a empresa “Gilvan Mármore e Granito LTDA”, e como transportador o autuado. À fl. 38, está acostado trecho de extrato bancário, sem identificação do titular da conta bancária, do estabelecimento bancário, nem data de emissão, no qual consta, a caneta, a expressão “Pag. do Frete” com setas indicando dois valores; às fls. 39 a 42, cópias do Termo de Apreensão de fl. 02, do presente Auto de Infração e do demonstrativo de base de cálculo de fl. 06; às fls. 44 e 45, Termo de Declaração contendo Denúncia à Corregedoria/SEFAZ.

A autuante presta informação fiscal às fls. 52 a 54, aduzindo que o início da ação fiscal deu-se em 05/06/2008, quando uma volante da IFMT Metro interceptou o caminhão transitando pelo bairro de Pirajá, carregado com placas de mármore e granito desacompanhadas de documentação fiscal de origem. Que a providência imediata foi a de descobrir o local onde seriam entregues as mercadorias, para complementar a ação fiscal, mas que o local não possuía inscrição estadual. Que, por este motivo, o autuado foi compelido a conduzir o veículo ao pátio da IFMT Metro. Que, por volta das 12 horas, compareceu à IFMT Metro o Sr. Derivan Manoel do Nascimento, dizendo ser o proprietário das mercadorias e que, ato contínuo, foi lavrado o Termo de Apreensão nº 073.891 (fl. 02) e que, com a ajuda do Sr. Derivan, e do condutor do veículo, foi feito o levantamento quantitativo das mercadorias e a declaração de preço para a apuração da base de cálculo. Que, apresentado o levantamento de preços apurados na empresa Tok Final Mármore e Granito, o mesmo foi considerado muito alto pelo Sr. Derivan, que alegou “que o preço dele era muito menor”. Que o Fisco concordou “com o valor apresentado mesmo sendo menor. Após a lavratura do auto de infração por solicitação do Senhor Derivan, emitiu-se o DAE para a quitação do auto.” Afirma “que, em todas as etapas de nossa ação fiscal, tudo transcorreu na mais perfeita tranquilidade, em nenhum momento houve qualquer atrito com o autuado, ao contrário, de forma pacífica e ordeira, sempre colaborou para o bom andamento de nossa ação fiscal.”

A autuante prossegue expondo que em 13 de junho de 2008 o contribuinte impugnou o lançamento de ofício, e descreve as alegações defensivas. Tece considerações acerca do comportamento do comprador das mercadorias frente ao Fisco. Afirma ser abjeta a situação de alegar que funcionário do Fisco tenha subtraído notas fiscais após a abordagem. Que, quanto às três notas fiscais acostadas ao PAF pela defesa, há divergência entre as mercadorias ali discriminadas e o que foi encontrado na contagem do caminhão, constando nas mesmas 147 m² de granito, enquanto que na contagem física encontrou-se 205,73 m² de granito; que uma nota fiscal traz 256,76 m² de mármore, e na contagem física encontrou-se 117 m² de mármore. Que uma das cópias de nota fiscal, à fl. 36, comprova que o contribuinte não passou por qualquer posto fiscal no Estado da Bahia. Que a nota fiscal de fl. 35 não indica a que via se refere. Que a única cópia que foi enviada via fac-símile foi aquela apensada à fl. 37. Que, quanto ao documento que indica o recolhimento de frete, o mesmo não comprova que se refere à operação em foco, “tendo em vista tratar-se de extrato bancário do autuado cujo lançamento destacado em verde pela defesa não menciona em que data foi feito o débito e nem a que se refere, portanto nada provando que houve um contrato de frete.”

A representante do Fisco assevera, em relação às supostas irregularidades alegadas pelo impugnante, que:

- a) PROVA DA EXISTÊNCIA DAS NOTAS FISCAIS – os documentos foram apresentados após a ação fiscal, e as quantidades das mercadorias que descrevem não coincidem com as quantidades apreendidas, conforme descrito no Termo de Apreensão.
- b) AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM NOME DO TRANSPORTADOR – segundo o RICMS/BA, no caso de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, o responsável solidário é o transportador, estando correto o procedimento do agente fiscal.
- c) APREENSÃO DO CAMINHÃO DO DIA 05/06/2008 AO DIA 10/06/2008 – “O veículo transportador poderia ser liberado no mesmo dia da apreensão, bastando, apenas, que fosse indicado um contribuinte como fiel depositário ou se responsabilizasse pela quitação do débito, tratando-se, portanto de um procedimento administrativo normal. Note-se que o pedido de liberação das mercadorias somente ocorreu no dia 10 de junho de 2008 e a liberação foi efetivada no mesmo dia do requerimento (procedimento de rotina da IFMT METRO para qualquer contribuinte, docs. De folhas 10 e 22).”
- d) O ENDEREÇO DO AUTUADO É NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – “O endereço constante no termo de apreensão foi o declinado pelo Transportador, no momento da sua lavratura”.
- e) BASE DE CÁLCULO – “O fornecimento do preço, pelo autuado, é inferior ao praticado pelo varejo. O levantamento de preços apresentado pela empresa TOK FINAL não foi aceito pelo contribuinte, sob a alegação de que não se tratava de produto “top” de linha. Em assim sendo, foi aceito o valor declarado pelo infrator, numa clara demonstração de não onerar excessivamente o contribuinte.”
- f) DAE FORNECIDO EM VALOR MENOR DO QUE AQUELE QUE CONSTA NO AUTO DE INFRAÇÃO – “(...) o DAE fornecido foi o valor correto, o DAE que a defesa anexou não é o que foi fornecido ao autuado, e não posso afirmar onde a defesa obteve tal documento.”

A autuante afirma que o proprietário da mercadoria apreendida, que seria o contribuinte Gilvan Mármore e Granito LTDA, “nunca recolheu nenhum centavo de ICMS aos cofres públicos,” e que a impugnação seria uma “clara tentativa de procrastinar a ação fiscal.”

Conclui pedindo pela procedência da autuação.

Na sessão de julgamento, verificou-se que a autuante requeria em 02/09/2008 juntada, aos autos, após pautado o processo para julgamento, dos demonstrativos de fls. 59 a 61, de levantamentos de preços realizados nas empresas “Marmoraria Novo tempo”, “Tok Final Marmoraria” e “Vera Lúcia Alves Rocha de Salvador”, todos com data de 01/09/2008, e que teriam baseado o cálculo do débito tributário lançado de ofício, documentos juntados esses dos quais não há prova, neste processo, de que o autuado tenha sido cientificado, ou recebido cópia. Foi assinalado na diligência, também, que a autuante não acostara, ao processo, o demonstrativo do valor unitário das mercadorias em que houvesse sido apurado o preço praticado na data da apreensão das mesmas, tal como estão descritas no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, à fl. 02.

Em decorrência, na busca da verdade material, e para garantir o exercício do amplo direito de defesa do sujeito passivo, esta 3ª JF deliberou, na assentada de julgamento (fls. 63 e 64), por converter o PAF em diligência à Inspeção Fazendária de origem, para que a autuante juntasse aos autos: o levantamento de preços unitários das mercadorias objeto da autuação, praticados na data da apreensão das mesmas; demonstrativo analítico da base de cálculo do imposto devido, calculado com base no levantamento de preços praticados na data da apreensão das mercadorias; demonstrativo do débito apurado.

Determinou, ainda, que os mencionados documentos fossem entregues ao contribuinte, conjuntamente com a informação fiscal de fls. 52 a 54, reabrindo-se o prazo para apresentação de impugnação ao lançamento de ofício, nos termos do §4º do artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Em atendimento à diligência solicitada, a autuante juntou, à fl. 66, Declaração da empresa “Marmoraria Novo tempo” (levantamento de preços de fls. 58 e 59), no sentido de que não houve alteração de preços no período compreendido entre 01/06/2008 a 30/09/2008, nos produtos que comercializa, pelo que, afirma, “os preços fornecidos ao preposto do Fisco Noé Américo Mascarenhas e Yvanise Almeida Veiga não foram alterados durante o período mencionado.”

A representante do Fisco acostou, à fl. 67, demonstrativo analítico da base de cálculo, descrevendo as mercadorias apreendidas, os respectivos preços unitários e valores por metragem apreendida de 205,73 m² de granito e de 117,45 m² de mármore, totalizando a base de cálculo de R\$68.458,90. Neste documento, a autuante relata que o levantamento de preços utilizado no cálculo do valor das mercadorias foi realizado no dia da sua apreensão, e que foram descartados, do demonstrativo apresentado, os levantamentos das empresas “Marmoraria Tok Final” e “Marmoraria Vera Lúcia Alves Rocha de Salvador”, o da primeira porque aquela empresa não trabalhava mais com os produtos apreendidos, e o da segunda empresa porque esta não estaria mais funcionando no local, pelo que prevaleciam os preços coletados na empresa “Marmoraria Novo Tempo”.

À fl. 68 está colacionado documento intitulado Memória de Cálculo, discriminado as mercadorias apreendidas e indicando a base de cálculo de R\$68.458,90, citada no demonstrativo analítico de fl. 67, com a apuração do ICMS a recolher no valor de R\$11.638,01.

Cientificado da reabertura de seu prazo de trinta dias para apresentação de nova impugnação quando do recebimento dos documentos acostados ao processo em atendimento à diligência determinada por este CONSEF, conforme documentos de fls. 69 e 70, o contribuinte ingressou com nova impugnação ao lançamento de ofício, às fls. 72 a 76, inicialmente descrevendo a imputação e, em seguida, aduzindo que “invoca os termos e razões esboçados na primeira defesa”. Passa a relatar que a Autuante prestara informações e, na assentada do julgamento, “chegou o requerimento de juntada da peça 58 a 61 e 66 a 68.” Que “Na tentativa de solucionar os erros do Auto de Infração, alegou não haver sido juntado por ocasião da lavratura e solicitou juntada. É aí onde se prende a questão, eis que, a coleta de peças ocorreu em 01/09/08, e o auto data de 05/06/08, portanto, fica patente que por ocasião da lavratura não foi feito o “levantamento do preço corrente”. Diz a Autuante em observação que o valor da base de cálculo foi declarado pelo motorista, veja se isso é possível. Está assim comprovado que a base de cálculo foi aleatória, mesmo porque as mercadorias foram avaliadas as quantidades sem que fosse tomada qualquer providência de medição da carga.”

O contribuinte prossegue afirmando que “O fato de não coincidir a quantidade avaliada em cópias das Notas Fiscais é um propósito para justificar que as mercadorias não tinham notas. Cujos documentos foram dado sumisso pelo agente fiscal para daí justificar suas alegações. Tanto existiram as notas fiscais que providenciou-se junto aos fornecedores cópias das vias Juntada ao PAF, doc. 1 a 3 da defesa. E não se diga que as mercadorias estavam desacompanhadas de Notas Fiscais.”

Aduz que “se fosse indicado pelo Autuante as mesmas quantidades das notas fiscais era assim, uma prova irrefutável que eles viram as Notas Fiscais, por isso é que as quantidades não batem, ação propositada.”

Diz que no Auto de Infração o débito é de R\$16.482,22, e que “o DAE apresentado para liquidar é de R\$ 14.155,64 doc 09, e agora, o valor devido é R\$23.276,02 vide folhas 68. Resta assim patente, que o Auto de Infração não tem liquidez é nulo de Pleno Direito.”

O autuado afirma que “O Auto de Infração peca por defeito de forma, a Juntada de peças essenciais posteriormente seria aceito se contivesse datas anteriores ao Auto de Infração, mas, não, a data é de 01/09/08 e o Auto de Infração é de 05/06/08 não foi esquecimento o Auto de Infração foi lavrado com valores aleatórios. O débito não tem liquidez veja que no Auto de Infração consta R\$16.482,22, no DAE apresentado para liquidação R\$14.155,64 e agora fls 68 do PAF é de R\$23.276,02.”

Conclui reiterando os termos da defesa inicial e pedindo pela declaração de nulidade da autuação.

A autuante presta nova informação fiscal à fl. 82, inicialmente reiterando os termos da primeira informação fiscal e, em seguida, informando que:

1- houve erro na aposição da data no documento relativo à coleta de preço realizada, pelo que foi acostado, em atendimento à diligência determinada por este Conselho, uma nova coleta de preços, acompanhada de uma declaração do estabelecimento que forneceu os valores das mercadorias apreendidas, no sentido de que os produtos objeto do Termo de Apreensão não tiveram os seus valores alterados durante o período compreendido entre a constatação da irregularidade e a data da lavratura do Auto de Infração;

2 – a base de cálculo apurada no levantamento de preços é inferior ao preço praticado no mercado, o que beneficiaria o contribuinte, e foi feito tomando-se por base a média aritmética dos preços coletados à época. A autuante assinala ainda que “o valor apurado não pode ser maior do que o de mercado.”

3 – o DAE apresentado não foi emitido pela Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região Metropolitana de Salvador – IFMT/DAT Metro.

4 – não há defeito formal no processo, e se houvesse já teria sido sanado na diligência realizada.

5 – as mercadorias estavam desacompanhadas de documentação fiscal.

A representante do Fisco conclui reiterando o exposto na primeira informação fiscal, em relação às fotocópias de notas fiscais acostadas ao processo, e pedindo pela procedência da autuação.

VOTO

Inicialmente, em relação às preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, em relação à legitimidade passiva exponho que o autuado, e detentor das mercadorias no momento de sua apreensão, assinou o Termo de Apreensão acostado à fl. 02, atestando que as mercadorias estavam desacompanhadas de documentação, e em sua impugnação afirma o oposto, ou seja, que havia notas fiscais acompanhando as mercadorias, e que as tais documentos traziam o nome do destinatário, alegando que em nome deste é que deveria ter sido lavrado o Auto de Infração. Uma vez que o detentor confessou que não havia documentação fiscal no momento da ação fiscal, não estava documentalmente identificado o destinatário, naquele momento. Mas, ainda que estivesse identificado o destinatário no instante da apreensão realizada pelo Fisco, no presente processo está configurada a legitimidade passiva do autuado, que detinha as mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, nos termos do inciso III do artigo 12 do COTEB, cujo teor foi reproduzido no inciso IV do artigo 6º da Lei nº 7.014/96:

Lei nº 7.014/96:

art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;

Em relação ao endereço do autuado no Auto de Infração, assinalo que o sujeito passivo - que assina como o detentor das mercadorias à fl.02, e também identifica-se como impugnante - assevera, no início da impugnação, à fl. 26, que o seu endereço residencial é aquele que consta no Auto de Infração, e no Termo de Apreensão que assina, respectivamente às fls. 01 e 02. , embora venha a contradizer esta sua afirmativa, à fl. 31. Se o impugnante fez uma declaração inexata, ou que contraria a realidade, tanto no momento da apreensão, quanto em sua impugnação, tal fato não pode ser revertido a seu favor. Ademais, a irregularidade foi detectada no território deste Estado, e trata-se de transporte de mercadoria sem a competente documentação fiscal, pelo que, mais uma vez, configuram-se a legitimidade tanto ativa, quanto passiva, no presente PAF.

Quanto à arguição de irregularidade do procedimento do Fisco em razão da apreensão do caminhão no período compreendido entre o dia 05/06/2008 e o dia 10/06/2008, esta argumentação não guarda relação com a possibilidade de existência de vício formal, ou material, no lançamento de ofício de que trata o presente Auto de Infração, uma vez que o que embasa esta autuação é o fato que está documentado no Termo de Apreensão de fl. 02, qual seja este o de que foi constatado o trânsito mercadorias sem documentação fiscal.

A liberação, ou não, da mercadoria apreendida, é procedimento administrativo que não vincula a decisão a ser proferida nesta lide. Contudo, por oportuno, conforme os documentos acostados ao processo, ressalto que assiste razão à autuante, quando afirma que “O veículo transportador poderia ser liberado no mesmo dia da apreensão, bastando, apenas, que fosse indicado um contribuinte como fiel depositário ou se responsabilizasse pela quitação do débito, tratando-se, portanto de um procedimento administrativo normal. Note-se que o pedido de liberação das mercadorias somente ocorreu no dia 10 de junho de 2008 e a liberação foi efetivada no mesmo dia requerimento (procedimento de rotina da IFMT METRO para qualquer contribuinte, docs. De folhas 10 e 22).”

Em relação à determinação da base de cálculo, por tratar-se de matéria que envolve apreciação de mérito, será apreciada neste voto oportunamente.

Por estes motivos, não acolho as preliminares de nulidade suscitadas.

No mérito, o Auto de Infração em lide foi lavrado na fiscalização ao trânsito de mercadorias, e reclama ICMS no valor de R\$8.241,11, com aplicação de multa de 100%, em razão de operação de transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

Em relação à existência das notas fiscais acompanhando as mercadorias apreendidas, o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 073.891, à fl. 02, assinado pelo autuado, e detentor das mercadorias apreendidas, descreve a quantidade de 205,73 m² de granito, e 117,45 m² de mármore. As notas fiscais de fls. 35 a 27, acostadas quando da impugnação, descrevem as quantidades de 147,10 m² de granito e 256,760 m² de mármore. Portanto, tais documentos fiscais não descrevem, com exatidão, aquilo que foi apreendido. Mas, ainda que descrevessem, a apresentação ulterior do documento fiscal não corrigiria a irregularidade consubstanciada no fato de que a mercadoria estava sendo conduzida sem documentação fiscal, tal como está descrito no mencionado Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos. Quanto à alegação defensiva no sentido de que as notas fiscais teriam desaparecido, após tê-las apresentado ao Fisco, tal ocorrência não se encontra provada nos autos.

No que diz respeito à contagem física das mercadorias apreendidas, o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 073.891, à fl. 02, assinado pelo autuado, e também detentor das mercadorias, descreve a quantidade de 205,73 m² de granito, e 117,45 m² de mármore. Contudo, o

sujeito passivo vem a asseverar posteriormente, na impugnação, que a quantidade que foi encontrada no veículo não seria aquela que consta o Termo de Apreensão que assinara, à fl. 02. Uma vez que o autuado assinou o Termo de Apreensão mencionado, este documento vale como prova da quantidade e especificação da mercadoria apreendida, pelo que não acato esta alegação defensiva posterior ao momento da ação fiscal.

Quanto à determinação do valor da base de cálculo, a irregularidade inicialmente existente, que era a falta de anexação, aos autos, do Levantamento de Preço Corrente à época da ação fiscal, foi sanada com o acostamento, ao processo, do Levantamento de Preço Corrente realizado pelo Fisco na empresa Marmoraria Novo Tempo (fl. 59); Declaração da mesma marmoraria afirmando que não houve majoração, nem redução de preço, no período de 01/06/2008 a 30/09/2008, à fl. 66, período este que abrange a data de apreensão das mercadorias, ocorrida em 05/06/2008; o Fisco acostou também Demonstrativo Analítico da Base de Cálculo no valor de R\$68.458,90, a fl. 67; e documento intitulado Memória de Cálculo, reproduzindo o valor de base de cálculo do Demonstrativo Analítico de fl. 67, indicando o ICMS devido de R\$11.638,01, à fl. 68.

Assinalo que o contribuinte recebeu as cópias de todos estes documentos, tendo sido então reaberto o seu prazo para impugnação ao lançamento de ofício, nos termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, conforme explicitado no Relatório que antecede este voto.

A Lei nº 7.014/96 determina, para a situação em foco, que o valor a ser utilizado para o cálculo do imposto a recolher é, ou o valor de pauta fiscal – o que não se aplica às mercadorias granito e mármore, apreendidas e objeto desta lide – ou o preço corrente no local da ocorrência.

A apreensão e a coleta de preços correntes deram-se no Município de Salvador, conforme documentos de fls. 02, 59 e 66.

A mencionada Lei nº 7.014/96 não determina, em qualquer dispositivo, que a coleta de preços deva ser realizada no dia da apreensão, ou no dia imediatamente posterior. Em suma, não impõe prazo para a realização da pesquisa de preço. Existe prazo, apenas, para a validade do Termo de Apreensão, previsto em outro dispositivo normativo, o §2º do artigo 28 do RPAF/99, e este prazo é de trinta dias para a lavratura do Auto de Infração. Tal prazo foi respeitado neste processo, posto que Termo de Apreensão e Auto de Infração foram lavrados na mesma data, 05/06/2008.

Observo que se fosse imprescindível que a pesquisa de preço ocorresse no momento exato da apreensão das mercadorias, isto inviabilizaria a apreensão de mercadorias na fiscalização ao trânsito de mercadorias em postos fiscais de estrada, por exemplo, em horário não comercial, ou apreensões em dias sem expediente comercial no local. O que a Lei do ICMS exige é que exista a comprovação de que o preço utilizado para a determinação da base de cálculo do imposto lançado de ofício era o corrente na época dos fatos, e no local da ocorrência, e tão somente. Tal fato deve estar comprovado, como está, neste processo. Esta Lei também não determina o modelo de formulário a ser utilizado pelo Fisco, embora seja imprescindível que no documento que comprova a pesquisa do preço corrente esteja discriminada a razão social e endereço da empresa que forneceu a informação, para que assim seja confirmado, como o foi neste processo, à fl. 59, que a pesquisa foi realizada no local da ocorrência, bem como a data da realização da pesquisa, estes sim dois ditames contidos nas expressões “preço corrente (...) no local da ocorrência.”.

O terceiro que serviu como fonte de pesquisa, Marmoraria Novo Tempo, declara de forma formal, à fl. 66, que os preços não foram reduzidos, nem majorados, no período entre 01/06/2008 e 30/09/2008. A apreensão foi realizada em 05/06/2008, e o levantamento de preços está datado de 01/09/2008. Portanto, a empresa que figura oficialmente, neste processo, como fonte de consulta utilizada pela autuante, confirma a declaração do Fisco quanto a que foi utilizado, no cálculo do

imposto a recolher, à fl. 68, o preço corrente no local da apreensão. Ressalto que o contribuinte, após ter recebido este documentos, quando da reabertura do seu prazo de defesa, não questiona de forma objetiva os preços declarados por esta ao Fisco. O fato de que o Levantamento de Preços foi acostado ao processo posteriormente à lavratura do Auto de Infração não invalida a realidade, documentada nos autos, de que o preço corrente era o que veio a ser utilizado pelo Fisco.

O erro na determinação da base de cálculo, pelo Fisco, se corrigido e documentado, com a devida reabertura do prazo de defesa, é previsto pelo artigo 129, parágrafos 3º e 4º, do COTEB. Se assim não fosse, restariam inválidas as diligências neste sentido determinadas por este Conselho de Fazenda Estadual, nos termos dos artigos 146, 148 e 149-A, todos do RPAF/99.

O processo administrativo fiscal norteia-se pela busca da verdade material. Assim, tendo o Fisco juntado a este processo, em tempo hábil, uma vez que antes de proferida a presente decisão, documentos que comprovam o levantamento de preços correntes na época do fato gerador da obrigação tributária, documentos estes emitidos por empresa cuja existência, e idoneidade, não foram objeto de questionamento neste processo, considero-os válidos.

Assinalo que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, à fl. 02, assinado pelo autuado na qualidade de detentor das mercadorias, traz a informação de que o valor da base de cálculo foi declarada por ele, detentor. Contudo, na impugnação, o sujeito passivo, à fl. 31, diz que a legislação prevê que deve ser utilizado “o preço praticado no comércio.”

Uma vez que foi utilizado, no cálculo realizado pelo Fisco, preço de venda inferior àquele praticado pelo varejo, conforme documentação anexada ao processo, a base de cálculo inicialmente apurada, de R\$48.477,10, não refletiu o preço de venda real, que totaliza R\$68.458,90, nos termos previstos no item 2 da alínea “b” do inciso V do artigo 22 da Lei nº 7.014/96, que dispõe:

Lei nº 7.014/96:

art. 22. Quando o cálculo do tributo tiver por base ou tomar em consideração o valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que:

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;

Em decorrência deste fato, foi lançado, no presente Auto de Infração, valor de ICMS de R\$8.241,11, que é inferior em R\$3.396,90 ao montante devido pelo autuado em razão dos fatos verificados pelo Fisco, montante de ICMS devido que é, na realidade, de R\$11.638,01. E tal dado encontra-se informado ao autuado quando da reabertura de seu prazo de defesa, volto a assinalar, pelo que lhe foi garantida amplo exercício de defesa, o que realizou em tempo hábil, às fls. 72 a 76, relatando os fatos, o que demonstra que compreendeu a imputação e os dados à mesma relativos, apenas insurgindo-se contra a ação fiscal.

Ainda que o Fisco houvesse fornecido ao contribuinte um Documento de Arrecadação Estadual - DAE em valor diferente daquele que foi lançado no Auto de Infração em lide, isto não configuraria vício do lançamento de ofício. O contribuinte tem pleno conhecimento do valor lançado, que consta na via do Auto de Infração que lhe foi entregue, conforme seu recibo à fl. 01. Ademais, esta alegação defensiva não está comprovada neste processo. O contribuinte afirma que recebeu o DAE, que anexa, do Fisco, e o Fisco nega ter sido aquele o DAE que lhe forneceu. O DAE anexado não indica quem o imprimiu. Por estes motivos, também não acato esta alegação defensiva.

Indefiro o pedido de realização de perícia, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 147 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, tendo em vista que as provas dos fatos independem do conhecimento especial de técnicos, e considerando ser desnecessária a realização da mencionada perícia, diante das provas já acostadas a este processo.

O Auto de Infração em lide foi lavrado na fiscalização ao trânsito de mercadorias, e reclama ICMS no valor de R\$8.241,11, em razão de operação de transporte de mercadorias sem documentação fiscal. A irregularidade está comprovada com o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 073.891, à fl. 02, assinado pelo detentor das mercadorias.

Este Conselho de Fazenda Estadual tem farta jurisprudência neste sentido, a exemplo dos Acórdãos CJF nº 0008-12/06, CJF nº 0208-12/06, CJF nº 0520-12/06, CJF nº 0275-11/07, CJF nº 0296-12/07, e CJF nº 0412-11/07.

Assim, por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Contudo, considerando que o lançamento de ofício é ato vinculado; que o valor de tributo devido ao erário é bem indisponível, e considerando ainda que foi lançado, no presente Auto de Infração, ICMS em valor inferior àquele que deveria ter sido exigido do sujeito passivo, conforme já relatado neste voto, recomendo à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, a tomada das providências cabíveis no sentido de que seja devidamente recolhida, aos cofres públicos, a diferença de R\$3.396,90.

VOTO DISCORDANTE

Nos termos do art. 938, V, “b”, do RICMS, na fiscalização do trânsito – e é este o caso –, na hipótese de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, deve ser adotado como base de cálculo do imposto o preço de pauta, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, mais a MVA, ou então o preço de venda no varejo, neste caso sem MVA.

Quando existe pauta, consulta-se a pauta. Porém, se não há pauta, só existe uma forma de se conhecer o preço de mercado de uma mercadoria: é mediante pesquisa de preço.

O papel à fl. 6 não é uma pesquisa de preço. A pesquisa de preço requer uma declaração formal de comerciante, pessoa física ou jurídica, perfeitamente identificado, com especificação do preço unitário da mercadoria em determinada data.

As mercadorias em questão são granito e mármore. No papel à fl. 6 não constam os preços dessas mercadorias.

Isso significa que o preço foi arbitrado aleatoriamente pela fiscalização.

De acordo com o despacho à fl. 56, verso, o processo foi dado por instruído pela nobre relatora, Osmira Freire, a 19.8.08.

Depois de instruído, foram colacionadas três pesquisas de preço. Duas pesquisas são datadas de 1.9.08. Uma terceira pesquisa não tem assinatura, é um “orçamento” passado por fax ou e-mail no mesmo dia, 1.9.08.

Note-se bem: o Auto de Infração é datado de 5.6.08. Três meses depois, a 1.9.08, foi feita a pesquisa de preços.

O que vejo então é uma situação absurda, pois o tributo foi calculado aleatoriamente, sem base em nada, e só depois – três meses depois – é que a fiscalização se preocupou em determinar a base de cálculo.

Ora, quando o Regulamento diz que, na fiscalização do trânsito, a base de cálculo deve ser determinada em função do preço corrente das mercadorias, é evidente que o preço corrente é o que estava em vigor na data do lançamento fiscal. Não se admite nem mesmo uma pesquisa de preço no dia imediatamente seguinte, ainda que não tenha havido variação de preço, pois no momento do lançamento a autoridade fiscalizadora não tinha como adivinhar que não haveria variação de preço.

Na pesquisa à fl. 59, preço do m² de granito é de R\$ 230,00. Na pesquisa à fl. 60, o preço do granito é R\$ 269,50, provavelmente (não consta expressamente que se trate de granito). E na pesquisa à fl. 61 o preço é R\$ 250,00.

Já no caso do mármore, consta na pesquisa à fl. 59 que o preço do m² é de R\$ 180,00. Na pesquisa à fl. 60, o preço do mármore é R\$ 200,20. E na pesquisa à fl. 61 o preço é R\$ 170,00.

A declaração da marmoaria à fl. 66, de que de 1º de junho a 30 de setembro de 2008 não teria havido majoração ou redução de preços, é juridicamente irrelevante. E nem sei para que serve tal declaração, haja vista que os preços adotados na autuação não correspondem, nem de longe, aos declarados pela referida marmoaria.

Simplesmente não consta que no cálculo do imposto tivesse sido observado o critério previsto na legislação.

Ao prestar a nova informação à fl. 82, a nobre auditora diz que houve erro na data da coleta de preços.

Não parece que tivesse havido erro da data da coleta. As pesquisas às fls. 59, 60 e 61 são datadas de 1.9.08, sendo portanto compatíveis com a petição de sua juntada à fl. 58, datada de 2.9.08, tendo sido registradas no SIPRO a 8.9.08, conforme consta à fl. 57. Assim, formalmente, as datas parecem estar perfeitas: as pesquisas refletem as datas em que realmente foram feitas. O problema seria se as pesquisas, feitas em setembro, tivessem sido datadas de junho, pois aí teríamos um caso de simulação.

A questão aqui é saber se o lançamento do tributo pode ser feito com base em dados aleatórios, para somente depois se procurar saber quanto é que realmente seria devido.

Vejo outro problema gravíssimo na informação à fl. 82, onde é justificada a adoção de preços inferiores aos preços praticados no mercado porque “beneficia o contribuinte”.

Custa crer que a autoridade fiscal tenha dito o que disse, em afronta direta à legalidade, como se fiscalizar e lançar tributo fosse algo que se pudesse fazer como bem se queira.

Base de cálculo de tributo não é nem para “prejudicar” nem para “beneficiar” o contribuinte – base de cálculo é o critério legal de determinação do que é devido, na medida exata, nem um centavo a mais, nem um centavo a menos.

Base de cálculo é matéria de reserva legal, não somente para defesa dos interesses do contribuinte, mas também para defesa dos interesses do Estado.

De acordo com a Súmula nº 1 deste Conselho, é nulo o Auto de Infração que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Não vejo como sanar tal vício neste caso. O §1º do art. 18 do RPAF somente admite saneamento para correção em caso de “eventuais” incorreções ou omissões. Ausência de base de cálculo não é “eventual”, mas sim substancial.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 938341790**, lavrado contra **MARCELO GIGANTE SOUZA** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.241,11**, acrescido da multa de 100% prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se à autoridade administrativa competente a tomada das providências cabíveis no sentido de que seja devidamente recolhida, aos cofres públicos, a diferença lançada a menos no presente Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/ VOTO DIVERGENTE