

A. I. N° - 281074.0060/08-1
AUTUADO - ROCHA TUNNIG ATACADO DE ACESSÓRIOS E PEÇAS AUTOMOTIVAS LTDA.
AUTUANTE - JEZONIAS CARVALHO GOMES
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 21.08.09

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0224-05/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIA ACOMPANHADA DE DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. DATA DE VALIDADE VENCIDA. Comprovado, nos autos, que a documentação apreendida pelo Fisco era inidônea. É vedado pela norma tributária a emissão de documento fiscal por contribuinte com inscrição cancelada, sendo considerado inidôneo quando assim proceder. Infração subsistente. Refeitos os cálculos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/10/2008, exige ICMS no valor de R\$14.722,00, decorrente de proceder à circulação de mercadorias com operação de vendas interestadual através da Nota Fiscal nº 0163 que se encontra com prazo de validade vencido. A Inscrição Estadual nº 62423529 da referida empresa encontra-se inapta, configurando o ilícito fiscal. Mercadoria apreendida, conforme termo de apreensão, fl. 05.

O autuado, às folhas 19 a 28, ao impugnar o lançamento tributário, inicialmente diz que embora reconheça a procedência das irregularidades descritas no termo lavrado pelo autuante, estas revestem-se em situação meramente ocasionada por erros operacionais.

Diz que o Agente Fiscal cometeu erros na atribuição da base de cálculo, uma vez que não constam no Auto de Infração elementos que justifiquem a aplicação do excessivo valor de R\$86.600,00, sendo a sua manutenção contrária ao princípio do não confisco vigente no ordenamento Tributário Pátrio.

Aduz que o autuante apreendeu 200 (duzentos) faróis do Veículo Marca Ford, Modelo Fiesta, e 60 (sessenta) faróis do Veículo Marca Ford, Modelo Ranger e para obtenção da base de cálculo, o Agente Fiscal, atribuiu o valor correspondente a R\$ 333,07 (trezentos e trinta e três reais sete centavos) por unidade apreendida, valor este muito superior ao valor de mercado das mesmas, colacionando aos autos em 3 orçamentos de empresas de auto peças, visando demonstrar o real valor à ser atribuído a cada unidade apreendida pela unidade fiscal Baiana, sendo:

1º ORÇAMENTO: Preço Farol Fiesta: R\$160,80 (por unidade); Preço Farol Ranger: R\$195,00 (por unidade).

2º ORÇAMENTO: Preço Farol Fiesta: R\$231,66 (por unidade); Preço Farol Ranger: R\$231,66 (por unidade);

3º ORÇAMENTO: Preço Farol Fiesta: R\$257,40 (por unidade); Preço Farol Ranger: R\$291,72 (por unidade).

Observa que em todos os casos ofertados os valores são inferiores ao quanto erroneamente aplicado pelo agente fiscal, cabendo a este Conselho determinar a correção da base de cálculo arbitrada pelo agente fiscal, utilizando os valores contidos no menor orçamento apresentado pela Autuada.

Questiona a alíquota aplicada à base de cálculo alegando ser inadequada, uma vez que a Lei nº 7.014/1996 prescreve o percentual que deverá incidir sobre a base de cálculo, para que haja o correto recolhimento do imposto devido, posto que o autuado destinava as mercadorias para o Estado de São Paulo, estando esta enquadrada no Art. 15, inc. II da legislação supra aduzida, devendo o Conselho Fazendário, determinar a reforma do auto de infração, substituindo a incorreta alíquota de 17% ora aplicada, para o percentual de 12%, conforme determina o texto legal.

Diz não concordar com o fato de que o Agente Fiscal que lavrou o Auto de Infração ter determinado a apreensão da mercadoria do autuado com vistas a garantir o cumprimento de suas obrigações fiscais perante o Estado da Bahia. Entretanto, em que pese, ainda que involuntariamente, ter cometido o ilícito fiscal, busca esta através deste Recurso prover o justo pagamento do imposto devido ao Estado. Frisa que jamais nega seus débitos fiscais, ao contrário, manifesta sua vontade em efetuar o pagamento do imposto corretamente devido, não havendo razões para a constrição das suas mercadorias, uma vez que, os meios hábeis para cobrança de créditos não pagos à Fazenda Pública são as cobranças administrativas ou as execuções fiscais, sendo vedadas as constrições indiretas ou oblíquas. A apreensão de mercadorias em trânsito configura-se uma forma de constrição indireta, ato este, vedado pelo Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 323 STF que diz ser inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos.

Ao finalizar requer que se determine a liberação das mercadorias apreendidas; determine a redução da base de cálculo para aferição do imposto, com base no menor orçamento apresentado pela autuada, sendo adotado o valor de R\$160,80 (faróis do ford fiesta) e R\$ 195,00 (faróis da ford ranger), devendo o montante ser reduzido de R\$ 86.600,00 (oitenta e seis mil e seiscentos reais) para R\$ 43.860,00 (quarenta e três mil oitocentos e sessenta reais), aplicando a seguinte fórmula matemática: R\$ (160,80 x 200) + (195,00 x 60) = R\$ 43.860,00; determine a redução da alíquota de 17% para 12%, conforme fundamentação expandida no item “3” deste, com fulcro no art. 15 inc. II da lei 7.014/1996; determine que cesse a constrição das mercadorias apreendidas, procedendo a sua imediata liberação, conforme aduzido no item “4” desta;

Ao final, requer expedição de DAE no valor de R\$ 5.263,20 (cinco mil duzentos e sessenta e três reais e vinte centavos) correspondente ao imposto corretamente devido pela autuada.

O auditor autuante, fls. 48 a 51, ao prestar a informação fiscal, diz que no exercício funcional de fiscalização, constatou que o contribuinte transitava com mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 0163, destinado a empresa localizada no Estado de São Paulo, estando a empresa remetente e a documentação fiscal irregulares. Nesta situação, emitiu-se o termo de apreensão das mercadorias e lavrou-se o presente Auto de Infração.

Aduz que o valor da base de cálculo foi solicitado a uma empresa do comércio de Salvador, por telefone, que se recusou a passar fax com os valores informados. Lavrou o Auto de Infração com os valores informados e solicitou ao supervisor o envio de uma viatura para pegar o orçamento junto à empresa, que disse que o forneceria, mas não foi possível pelas necessidades próprias do posto. O Auto de Infração foi registrado sem a inclusão do orçamento, falha técnica que atribui a si mesmo, sendo procedente a contestação da autuada. Contudo, a falha restringe-se a não anexação do orçamento contendo os valores informados por telefone.

Cita o art. 937 do RICMS que diz ser possível a fiscalização estadual poder fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove: V- declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias; VII - transporte desacompanhado dos documentos fiscais ou acompanhado de documentação inidônea.

Informa que o autuado infringiu os dois preceitos legais, posto que os valores apresentados na nota fiscal são notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias, R\$8,00 (oito reais) a

unidade e a documentação fiscal é inidônea por estar com a data para emissão vencida e a empresa encontrar-se inapta.

Diz que a autuação foi efetuada dentro do embasamento legal, transcrevendo o art. 938, V, “b”,2, que determina que o arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito na fiscalização de trânsito, no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal pelo preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda no local da ocorrência.

Anexa orçamentos para corrigir a falha técnica e sanear o processo, fls. 53 a 56, comprovando os valores utilizados, coletado na praça onde ocorreu o fato gerador.

Observa que a diversidade de preços praticados pelas empresas do comércio varejista de autopeças, com diferenças substanciais, inclusive os preços fornecidos por uma mesma empresa, conforme orçamento apresentado pela autuada, da empresa “Viva Auto Peças Ltda”, fls. 21 e 35, e o orçamento anexado pela informação fiscal, da mesma empresa, com valores bem maiores.

Nesta situação, a base de cálculo fica comprovada e mantida. Diz que os valores utilizados são os mais adequados, situando-se entre o maior e o menor. A diferença de preço de R\$200,00(duzentos reais) a menos, em decorrência do tempo entre a tomada de preço por telefone e a coleta do orçamento utilizado como base de cálculo, favorecendo o autuado, sendo a alegação de confisco não cabível.

Quanto à alíquota aplicada de 17% para a ação fiscal, diz estar correta, conforme preceitua o art. 47 do RICMS, portanto não cabível, neste caso, a alíquota interestadual pleiteada pelo contribuinte.

Observa que a empresa encontrava-se em situação de inapto, desde 04/08/2008, conforme extrato do INC e emitiu Nota Fiscal com data limite para emissão vencida desde 30/08/2008, fl 33. O valor das mercadorias consta tanto o farol Fiesta como o farol Ranger de -R\$8,00 (oito reais), com o valor total da nota fiscal R\$2.080,00 (dois mil e oitenta reais). Estas situações, cada uma, individualmente, já justificaria a retenção e apreensão das mercadorias para que a empresa regularizasse a operação de venda, antes, regularizando a sua própria situação de inapta.

Quanto à alegação de confisco do valor cobrado e da constitucionalidade da apreensão em transito, não procede pelos motivos expostos, se atentado especialmente pelos valores constantes na Nota Fiscal nº 0163 (fl 33) e os orçamentos apresentados pela própria autuada às fls. 34 a 36 do processo, dizendo que isso sim é um confisco.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação, posto que a autuada reconhece a validade da autuação, perfeitamente legal e amparada na legislação e tendo sido confirmado o valor da base de cálculo, pela anexação ao processo do respectivo orçamento.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal, manifestando-se as fls.60 a 65, onde diz que o autuante admitiu, em suas próprias alegações, ter procedido de maneira viciada ao macular o registro de infração com a omissão de documentos imprescindíveis para a lavratura do mesmo.

Observa que tal afirmação fez com que a ilegalidade do auto que já era de *per se* flagrante, se tornasse incontroversa, não cabendo mais qualquer discussão em torno do assunto, uma vez que perdeu o ato administrativo a sua presunção de legitimidade. Para tentar convencer esse Conselho da legalidade da aplicação da base de cálculo, o autuante anexou, intempestivamente, papéis que alega ser orçamentos dos mesmos materiais apreendidos, os quais restam desde já impugnados senão pela sua completa discrepância temporal, por serem ainda totalmente ilegíveis. Ademais, já consta neste processo administrativo, documento orçamentário suficiente, contemporâneo ao fato e legível que atesta o valor aplicado às mercadorias, todos de empresas idôneas, não havendo motivação legal para que sejam desconsiderados.

Aduz que o Agente Fiscal cometeu erros na atribuição da base de cálculo, uma vez que não constam no Auto de Infração elementos que justifiquem a aplicação do excessivo valor de R\$86.600,00 (oitenta e seis mil e seiscentos reais). Destarte, caberá a esse Conselho de Fazenda

determinar a correção da Base de Cálculo arbitrada pelo agente fiscal, utilizando os valores contidos no menor orçamento apresentado pela Autuada, posto que de Direito e Justiça.

Diz que o autuante invoca o art. 47 do RICMS, alegando que a cobrança do ICMS a ser aplicada é a do local da infração no caso de situação irregular ou documentação inidônea, fato que não concorda o contribuinte por entender que o valor do tributo a ser cobrado, descrito na norma fiscal, refere-se à base de cálculo e não a alíquota, tudo isso em homenagem ao princípio da taxatividade tributária, o qual prescreve que será seguido estritamente aquilo que for prescrito em lei.

Quanto à alíquota a ser aplicada, reitera seu posicionamento descrito na primeira defesa, posto que a autuada destinava as mercadorias para o Estado de São Paulo, estando esta enquadrada no Art. 15, inc. II da legislação supra aduzida, uma vez que operação interestadual a contribuinte do imposto. A norma tributária pátria abrevia demais discussões acerca do quanto aduzido pela Autuada no item ora ventilado, uma vez que a definição da alíquota do imposto devido pela mesma é previamente definida por lei, devendo este Conselho Fazendário, determinar a reforma do auto de infração, substituindo a incorreta alíquota de 17%, ora aplicada, para o percentual de 12%, conforme determina o texto legal.

Quanto à legalidade da apreensão de mercadoria pelo autuante, limita-se a autuada em suas manifestações somente a citar novamente a súmula do STF, corte suprema do país, a qual expressamente proíbe a prática da constrição obliqua,

Ao finalizar, reitera os pedidos do recurso administrativo interposto.

Às fls. 58 a 60 foi acostado cópia da Liminar, determinando a liberação da mercadoria, o que foi atendido conforme termo de liberação, fl.89.

VOTO

Na presente autuação foi exigido imposto decorrente da circulação de mercadorias com operação de vendas interestadual através da Nota Fiscal nº 0163 que se encontra com prazo de validade vencido. A Inscrição Estadual nº 62423529 da referida empresa encontra-se inapta, configurando o ilícito fiscal. Mercadoria apreendida, conforme termo de apreensão, fl 05.

Em sua defesa o autuado diz que reconhece a procedência das irregularidades descritas no Auto de Infração.

Entretanto, o sujeito passivo questionou os valores utilizados pela fiscalização na apuração da base de cálculo, aduzindo que o autuante apreendeu 200 (duzentos) faróis do Veículo Marca Ford, Modelo Fiesta, e 60 (sessenta) faróis do Veículo Marca Ford, Modelo Ranger e para obtenção da base de cálculo, o Agente Fiscal, atribuiu o valor correspondente a R\$ 333,07 (trezentos e trinta e três reais sete centavos) por unidade apreendida, valor este muito superior ao valor de mercado das mesmas, colacionando aos autos 3 orçamentos de empresas de auto peças, visando demonstrar o real valor à ser atribuído a cada unidade apreendida pela unidade fiscal Baiana.

Efetivamente, não consta nos autos os levantamentos dos preços que embasaram a infração, conforme o fiscal autuante o mesmo teria sido obtido por telefone. Entretanto, como o contribuinte reconheceu a procedência da infração e acostou aos autos pesquisa de preços para as mercadorias objeto da autuação, entendo que essa questão restou superada.

Acolhendo os valores apresentados de defesa, os quais encontram-se embasados nos orçamento preços acostados à folha 35, datado de 22.12.2008, uma vez que o autuante não tinha realizado o levantamento dos preços no varejo como deveria, somente fez após a defesa do autuado, fls. 53, 54, 55 e 56 datados de 10/03/2009, 10.03.2009, 09/03/2009, 09/03/2009, respectivamente.

Também acolho o argumento defensivo para que ser aplicada à alíquota de 12%, uma vez que no Termo de Apreensão, fls. 05, no Auto de Infração, fls. 01, e na própria Informação Fiscal, o fiscal afirma que a operação que estava sendo realizada era interestadual, assim a alíquota que deve ser aplicada é de 12%.

Diante do acima exposto, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada.

FÁROIS	QUANTIDADE	PREÇO UNITÁRIO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS DEVIDO
RANGER	200	160,80	32.160,00	12%	3.859,20
FIESTA	60	195,00	11.700,00	12%	1.404,00
TOTAL			43.860,00		5.263,20

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281074.0060/08-1, lavrado contra **ROCHA TUNNIG ATACADO DE ACESSÓRIOS E PEÇAS AUTOMOTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$5.263,20**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR