

A. I. Nº - 095188.0100/12-7  
AUTUADO - VALDECI PAIXÃO SANTANA BARBOSA  
AUTUANTE - EMANOEL NASCIMENTO DA SILVA DANTAS  
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO  
INTERNET - 11/07/2013

#### 5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0097-05/13

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo. A ação fiscal deixou de demonstrar de que modo foi apurada a base de cálculo do imposto. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra o transportador, na condição de responsável solidário, para exigir o ICMS no valor de R\$7.072,00, acrescido de multa no percentual de 100%, em razão de nota fiscal emitida pela empresa Dacyr Moda Praia, estabelecida em Salvador – BA., IE Nº 63.711.188 ME com destino ao autuado, terem sido consideradas inidôneas para a operação diante da constatação de validade para uso vencida.

Foram dados como infringidos os artigos 6º II, alínea “d”; art. 13 § 3º e art. 44, II, aliena “c” da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 36, I, art. 45 e art. 318 § 3º do RICMS/BA. Foram apensados aos autos, às fls. 04 e 05, Termo de Apreensão de nº 095188.0100/12-7, datado de 27/09/2012.

O autuado, às fls. 18 a 21 dos autos, apresenta a defesa afirmando que ao transportar a mercadoria com a nota vencida há poucos dias não teve intenção de lesar os cofres públicos, inclusive segue anexo todas as notas fiscais tiradas logo depois que a mercadoria foi entregue no Centro de Convenções.

Também informa que a empresa é optante do simples nacional conforme prevê a constituição em seu artigo 146, III, alínea “d”, tendo todos os impostos tem cobrança unificada, inclusive o ICMS, por isso, vem tempestivamente apresentar a defesa conforme os fundamentos a seguir. E conforme previsão na Lei do Simples Nacional nº 123/2006. Assim se for cobrado o ICMS da Nota Fiscal série 1, haverá o fenômeno do Bis in idem, onde o mesmo ente cobra o imposto duas vezes sobre o mesmo fato gerador.

Considera nulo do Auto de Infração, uma vez o autuante deveria relacionar todas as notas fiscais com o valor exato, o que não ocorreu, pois o valor da Nota Fiscal nº 0022, conforme cópia anexa (doc nº 3) discriminando-a com o valor de R\$41.000,00 quando na verdade é no valor de R\$26.000,00 (Vinte e seis mil reais) sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida, e também para ajudar na defesa do contraditório.

Alega que o autuante deixou de observar o seguinte requisito, tendo em vista que era possível a assinatura da empresa autuada: “*A assinatura do autuante e do autuado, quando possível*”.

Ainda referente à falta requisito, também deixa claro que no item total do débito, o valor da Base de cálculo está diferente do valor da nota fiscal. Tal divergência poderá ser confrontada com a cópia da Nota Fiscal nº 0022 anexa. Doc. 03, e já explicitado acima. Ante esta falha, originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais dos produtos, denota-se que o fiscal auferiu valores aleatórios na lavratura do Auto de Infração, corroborados pelo documento de nota fiscal em anexo.

Afirma que, ao contrário do exposto no Auto de Infração, a mercadoria não foi apreendida.

Argumenta que, quanto ao enquadramento legal, art. 6º inciso II, “d” do RICMS/BA, não há que se falar em solidariedade, pois, a empresa que foi abordada no centro de convenções pelo Sr. Fiscal Emanoel Nascimento, não era pessoa estranha a relação jurídica tributária, portanto, não deveria ser considerada responsável solidária, mas sim responsável tributária direta, e para demonstrar esta relação é que anexa o imposto devido de toda a mercadoria vendida no Centro de Convenções nos DARFS DO SIMPLES NACIONAL, doc. 4.

Assim, se for considerado o ICMS cobrado no Auto de Infração para pagamento integral deste imposto como se fosse empresa Regime Normal/Conta Corrente Fiscal, a empresa estaria sofrendo o fenômeno do bis in idem, que é a exigência de um ente público de um mesmo tributo exigido sobre o mês o fato gerador.

Alinha mais um requisito do auto de infração que entende deixar o mesmo passível de nulidade, pois violaria princípios empresariais e constitucionais como o da livre concorrência e da livre iniciativa, previsto no artigo 170 caput e inciso IV da CRFB/88, e também violando o estatuto das microempresas, pois se trata de uma empresa pequena de mais ou menos 30 m<sup>2</sup>, e que se for levada adiante esse Auto de Infração poderá até fechar suas portas.

Afirma que a mercadoria para ser vendida em feira do Centro de Convenções, não caracteriza Fato Gerador para cobrança de ICMS, pois não se trata de venda, ainda. A venda só se concretizou quando a mercadoria foi colocada à venda na feira, conforme se pode verificar nas notas fiscais série D-1 todas anexas.

Alude que com a comprovação de que houve uma venda logo em seguida da transferência da mercadoria da loja situada em Marechal Rondon, para o Centro de Convenções, não houve a existência do fato gerador, tanto do imposto quanto da multa.

Assegura que houve emissão de nota fiscal, com devido pagamento do imposto, já que se trata de empresa optante pelo SIMPLES NACIONAL.

Considera a exigência tributária em lume, confiscatória, com base no artigo 150, IV da CRFB/88.

Requer que o Auto de Infração seja anulado e declarado improcedente, analisando que a empresa não agiu de má fé, pois se estivesse nem apresentaria a nota fiscal. E também para não haver a cobrança de ICMS duas vezes. Neste mesmo sentido já existem decisões dos tribunais, onde a falta de má fé da empresa em apresentar a nota fiscal mesmo vencida, e o consequente pagamento do tributo, através das notas fiscais de venda ao consumidor final série D-1, deve o Auto de Infração ser declarado improcedente, também pelo motivo do valor da base de cálculo não corresponder ao valor da nota fiscal, onde o Sr. Fiscal colocou o valor da nota fiscal como sendo de R\$41.000,00 e o valor correto conforme nota fiscal anexa é de R\$26.000,00, ensejando assim nulidade.

O autuante, às fls. 33 a 35 dos autos, apresenta informação fiscal alegando que a infração foi cometida em 27/09/ 2012 conforme descreve a peça inicial do Auto de Infração (doc. 04). Ocorre que o autuado apresentou um documento fiscal posterior à ação fiscal datado de 10.09.2012, tentando corrigir a infração não amparada pela legislação. Sobre esta assertiva, esclarece que o pretenso documento não regularizaria a sua situação conforme prevê o nosso regulamento do ICMS, que a seguir descrevemos:

*Art. 632. Relativamente aos prestadores de serviços de transporte e às pessoas que portarem ou transportarem mercadorias ou bens, por conta própria ou de terceiro, observar-se-á o seguinte:*

*I (...)*

*b) do documento de arrecadação, nos casos em que o imposto deva ser recolhido por ocasião da saída da mercadoria;*

*II - o trânsito ou porte irregular de mercadoria não se corrige com a posterior emissão de documento fiscal, se a emissão ocorrer depois do início da ação fiscal; (grifo nosso).*

Considera uma coincidência é que o documento fiscal apresentado posterior a ação fiscal além de possuir uma data totalmente diferente os produtos foram descritos na mesma sequência do

Termo de Apreensão. Afirma que o documento foi emitido com a data de 10.09.2012 para tentar acobertar a operação, pois se emitisse com a data da ação fiscal que ocorreu em 27.09.2012 ultrapassaria a data limite permitido para a sua emissão que seria 13.09.2012. (Grifado em marca texto).

Consigna que na realidade a defendente tenta respaldar a sua postulação, sem entrar no mérito da questão principal que foi o transporte de mercadorias sem documento fiscal. Já em relação à apuração da Base de Calculo contestada pelo requerente não procede, pois ela está conforme preceitua o nosso regulamento do ICMS, precisamente no artigo 63 que assim determina:

*“Art. 63. Para apuração do imposto a ser pago por antecipação, nas hipóteses do § 2º do art. 352, a base de cálculo será determinada:*

*b) preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou O PREÇO DE VENDA A VAREJO NO LOCAL DA OCORRÊNCIA;”* (grifo nosso)

Em resumo: os valores foram apurados através de venda no varejo apurado no stand do próprio contribuinte.

Ao questionar o valor da multa aplicada com alegações de cunho constitucional principalmente, sob a argumentação de que a mesma tem o efeito de confisco. Rebata tal assertiva ao asseverar que a peça vestibular está consignada, no campo próprio, a alíquota que foi aplicada à espécie para fins de apuração do montante do imposto a ser pago, qual seja, 17% (dezessete por) cento, além da memória de cálculo onde consta à relação das mercadorias objeto da autuação e que inclusive já consta no referido processo. Ao declarar que a ação fiscal tem efeito de Confisco, trazidas à baila pelo autuado, invocamos, por pertinência total ao caso em comento, as disposições sobre o assunto contida no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano, em que expressamente exclui a competência dos órgãos julgadores em declarar a constitucionalidade de normas legais de qualquer natureza, razão pela qual não iremos comentar sobre a matéria.

Informa que a multa foi amparada no artigo 42, inciso IV, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, já descrita na peça vestibular.

Ante o exposto, à luz de todos os elementos probatórios trazidos aos autos o Auto de Infração ser ratificado pela decisão deste Colendo Órgão Julgador.

## VOTO

O presente lançamento de ofício, lavrado no trânsito de mercadorias, foi lavrado contra o transportador, na condição de responsável solidário, para exigir o ICMS em razão de nota fiscal emitida pelo remetente com destino ao autuado, terem sido consideradas inidôneas para a operação diante da constatação de validade para uso vencida.

No que diz respeito aos diversos itens alinhados pela defesa, relativos as arguições de nulidades, cabe destacar que os valores os preços dos produtos constantes da nota fiscal não podem ser comiserados para a base de cálculo, conforme argumenta o autuado, pois essa foi considerada inidônea, bem como consta do Termo de Apreensão a apreensão das mercadorias, diferente do alegado, além da respectiva assinatura do mesmo.

Considero, contudo, a existência de um vício que inquina de nulidade o ato administrativo do lançamento, no caso, a falta de comprovação dos valores trazidos para apuração da base de cálculo, resultando na incerteza quanto ao elemento quantitativo do fato gerador, pois a indicação do autuante de que foi apurada a base de cálculo através do preço de venda a varejo no local da ocorrência, não constar nos autos prova de tal procedimento, o mesmo não atende ao previsto do RICMS/97 para apuração da base de cálculo de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal.

Assim, o autuante, apesar de ter indicado no “Demonstrativo de Débito” do Auto de Infração o valor exigido e a base de cálculo, deixou, contudo, de demonstrar como arbitrou a base de cálculo do imposto, ou seja, a origem dos valores consignados nos aludidos demonstrativos, que deve ser em consonância com o disposto no art. 938, V, “b” do RICMS/97.

Não observou o autuante às disposições do art. 938, V, “b”, 1 e 2 do RICMS/BA, abaixo transcrito:

*“Art. 938. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:*

*(...)*

*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 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; ou*

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

Diante do exposto, considero nulo o lançamento com fulcro no art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 095188.0100/12-7, lavrado contra **VALDECI PAIXÃO SANTANA BARBOSA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR