

N. F. Nº - 232541.0267/18-5  
NOTIFICADO - FERTPAN COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI  
NOTIFICANTE - PEDRITO GOMES PEREIRA  
ORIGEM - IFMT SUL

## **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0094-06/NF-VD**

**EMENTA:** ICMS MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL IDÔNEO. Elementos fáticos constantes dos autos apontam para inexistência do destinatário. Documento fiscal inidôneo. Refeito o cálculo da apuração do débito excluído a aplicação do MVA. Mercadoria não sujeita ao regime de substituição tributária. Instância Única. Notificação Fiscal. **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal objeto deste relatório foi lavrado em 29/10/2018 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$17.480,99, bem como aplicação de multa no percentual de 100%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 – 54.06.04 – Mercadorias procedentes de outra unidade da federação, em trânsito pelo Estado, mas negociada no território baiano durante o transporte.

Constata-se que o Notificado apresentou impugnação ao lançamento através dos documentos constantes às fls. 20 a 35.

Dos fatos:

Inicialmente, a empresa autuada esclarece que é uma empresa regularmente constituída no Estado da Bahia, na cidade de Feira de Santana, conforme contrato social devidamente registrado na Junta Comercial do Estado da Bahia.

Afirma que no dia 26/10/2018, a Empresa Sina Indústria de Alimentos Ltda, situada na cidade de Pirapozinho — SP, emitiu as Notas Fiscais 038.767 e 038.766, com destino a microempreendedor individual Thiago Buffone Cordeiro, CNPJ 28.994.588/0001-65, estabelecido na Rua Dr. Getúlio Vargas, 324, Centro, Feliz Deserto - Alagoas, empresa devidamente estabelecida e com situação regular na Receita Federal (doc 03) e na SEFAZ/Alagoas no momento da operação fiscal.

Quando o Caminhão de placa OWJ 7441 chegou ao Posto Fiscal da Fronteira de entrada da Bahia, o Posto Fiscal Jaime Baleeiro, em Urandi - Ba, o Motorista foi informado pelo Fiscal, Sr. Pedrito Gomes Pereira, que a mercadoria estava apreendida devido ao fato de que a mercadoria seria comercializada na Bahia.

O Sócio da Empresa transportadora, ora autuada, proprietária do veículo foi avisado da situação e ficou como fiel depositário da mercadoria, conforme Termo de Liberação 34283 de 31/10/2018 (fl. 16), já que se tratava de mercadoria perecível, com risco de perda.

Prossegue sua defesa, afirmando que em 28/12/2018, O Sócio da Empresa Fertpan Comercial de Alimentos foi surpreendido pelo recebimento, via AR, da Notificação 2325410267/18-5, datada de 29/10/2018. A referida Notificação está fundamentada no artigo 6º, Inciso III, alínea "c", artigo 8º, inciso 1, § 3º e 4º e artigo 23 da Lei nº 7.014/1996 e a multa foi tipificada no artigo 42, inciso IV, alínea "c" da Lei 7.014/96, transcrita na peça defensiva.

Em caráter preliminar, a parte autuada destacou que a mercadoria foi "apreendida" em 29/10/2018, liberada em 31/10/2018. Alega que verificando a cópia da notificação fiscal constante no Órgão Fiscalizador, não se encontra o Termo de apreensão das mercadorias. Como as mercadorias se destinavam para o Estado de Alagoas, o Preposto do Fisco baiano deveria efetuar um passe Fiscal, já que

tinha dúvidas quanto o real destinatário das mercadorias, este procedimento é usual e corriqueiro, assim, o Fisco baiano teria como acompanhar a operação, já que o Transportador seria responsabilizado, de fato e de direito, caso não entregasse as mercadorias em Alagoas. Este procedimento está regulamentado no artigo 482 do RICMS/BA.

Aponta que a parte autuada só veio a ter conhecimento da lavratura da Notificação em 28/12/2018, portanto, 59 dias após a pretensa lavratura da Notificação. Em seguida, a parte impugnante questiona por que não foi entregue no ato da liberação da mercadoria, já que a pretensa "diligência fiscal" esta datada de 30/10/2018.

Afirma que em 16/11/2018 as mercadorias foram liberadas, conforme pedido, ficando como fiel depositário a Empresa Autuada, conforme processo deferido no Posto Fiscal de Propriá (doc 04).

Prossegue sua impugnação aduzindo que ao analisar a cópia do processo, pode-se verificar, na folha 01 — assinada pelo Sr. Inspetor Fazendário José Vitorino da S. Costa e pelo condutor do veículo que conduzia as mercadorias — transcrita abaixo, que a Fiscalização alegou no Termo de Ocorrência e Notificação:

*"Em data, hora e local acima referido, no exercício de nossas funções fiscalizadoras, constatamos as seguintes irregularidades:*

*"Aos 29 dias do mês de outubro de 2018, o sr. UANDERSON DA COSTA CARNEIRO, motorista portador do CPF 005.164.015-56 e CNH 01639580804, condutor do veículo placa policial OWJ- 7441-Feira de Santana-BA. Faz a parada obrigatória no posto fiscal Jaime Baleeiro e apresentou para fiscalização os Danfes 38 766 e 38767, emitidos pela empresa SINA IND. DE ALIMENTOS LTDA. Pirapozinho-SP e destinado a empresa THIAGO BUFFONE CORDEIRO Felis Deserto Alagoas. Foi solicitado a diligências junto ao fisco de destino (AL) para a verificação cadastral e confirmação ck.1 compra, o qual nos respondeu que a empresa não existe no endereço conforme documento comprobatório anexo. Para constar, lavrei o presente termode ocorrência que servirá para dar consistência e fundamentar a ação fiscal que será desenvolvida através de notificação fiscal, assim que seja identificado o real sujeito passivo."*

Assevera o impugnante, que na folha 02 do processo, foi apresentado um demonstrativo de débito colocando a base de cálculo do ICMS a ser apurado R\$125.896,66; alíquota de 18%; valor do imposto apurado R\$22.661,40 (vinte e dois mil, seiscentos e sessenta e um reais e quarenta centavos); um crédito de ICMS destacado de R\$5.180,42 (cinco mil, cento e oitenta reais e quarenta e dois centavos; imposto a recolher de R\$17.480,99 (dezessete mil, quatrocentos e oitenta reais e noventa e nove centavos) e uma multa por infração de 100% do valor do imposto a recolher, perfazendo um total de R\$34.961,98, sem direito a redução.

Afirmou que na folha 03 do processo, foi apresentada uma declaração assinada pelo Sr. Fernando Jorge de Araújo Silva, AFRE do Estado de Alagoas, com os seguintes dizeres:

*"No cumprimento regular das competências de fiscalização, o Auditor Fiscal da Receita Estadual: Fernando Jorge de Araújo Silva, Mat. 82173-0, verificou in loco, em 30/10/2018, que a empresa, acima qualificada não está exercendo suas atividades econômicas naquele logradouro. O estabelecimento empresarial comercial não existe na localidade. O endereço especificado é de um imóvel residencial."*

As folhas 04 e 05 se referem as Notas Fiscais 038.767 e 038.766, com as seguintes informações numéricas:

*NF 038.766 — Valor das mercadorias R\$103,00 (cento e três reais); Aliquota do ICMS 7%; ICMS destacado R\$7,21 (sete reais e vinte e um centavos):*

*NF 038.767 — Valor das mercadorias R\$73.902,80 (setenta e três mil, novecentos e dois reais e oitenta centavos); Aliquota do ICMS 7%; ICMS destacado R\$5.173,20 (cinco mil, cento e setenta e três reais e vinte centavos).*

Portanto, as duas notas consolidadas temos: Valor das mercadorias R\$74.005,80 (setenta e quatro mil, cinco reais e oitenta centavos); ICMS destacado R\$5.180,41 (cinco mil, cento e oitenta reais e quarenta e um centavos).

Em seguida, o impugnante destaca uma série de documentos anexados aos autos:

*Na folha 06 do processo, se encontra cópia da carteira de habilitação do motorista e cópia do CRLV do veículo transportador das mercadorias.*

*Na folha 07 do processo, consta um DAE, para pagamento, no valor de R\$34.961,98, com vencimento para 31/10/2018.*

*Na folha 08 do processo, se encontra cópia do Termo de Liberação nº 34.283.*

*Na folha 09 do processo, se localiza cópia da declaração do motorista atestando o recebimento das mercadorias liberadas.*

*Na folha 10 do processo, localizamos o cadastramento do processo no Sipro.*

*Na folha 11 do processo, se verifica o requerimento de transferência de depositário das mercadorias.*

*Na folha 12 do processo, se encontra uma cópia da notificação fiscal sem assinatura do Inspetor Fazendário, tampouco do Motorista.*

*Folhas 13 e 14 do processo consta a situação cadastral da Fiel Depositária.*

*Folha 15 do processo se encontra cópia da identidade do Sócio da Depositária. Folha 16 do processo se localiza uma cópia do Termo de Liberação nº 34.283.*

*Folha 17 do processo se encontra a intimação da Lavratura da Notificação Fiscal 232541/0267/18-05, emitida em 19/12/2018.*

*Folha 18 do processo se encontra o AR de entrega da Notificação, recebida em 28/12/2018.*

## **DO DIREITO**

Inicialmente, destaca a tempestividade da impugnação, afirmando que a notificação foi recebida em 28/12/2018 e a impugnação protocolada em 23/01/2019, portanto, afirmou ser tempestiva, já que foi entregue antes do prazo fatal de 30 dias.

Quanto a autoria da impugnação (art. 3º do RPAF-BA, transcrito) informou que a pessoa que assinou esta revestida dos poderes (doc 01 e 02) fls. 36 a 40.

*"Art. 3º As petições do sujeito passivo e suas intervenções no processo serão feitas:*

*I - pessoalmente, através do titular, sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente, na forma como forem designados em declaração de firma individual, contrato social, estatuto ou ata de constituição da sociedade, conforme o caso;*

*II - por procurador;*

Quanto a legitimidade (art. 4º do RPAF/BA), informou que o Sr. Auditor atribuiu ao autuado a responsabilidade do pagamento do imposto, mesmo sendo as mercadorias com destinatário certo, inclusive, em outro estado da federação, portanto, sustenta que a Bahia seria um estado de mero trânsito da mercadoria. Porém, devido a inclusão do notificado como responsável solidário, este passa a ter legitimidade para postular, conforme se vê abaixo:

*Art. 4º Tem legitimidade para postular todo aquele a quem a lei atribua responsabilidade pelo pagamento de crédito tributário ou cumprimento de obrigação acessória, ou que esteja submetido a exigência ou medida fiscal de qualquer espécie.*

*Parágrafo único. A postulação de pessoa manifestamente ilegítima será arquivada pela repartição fazendária, mediante despacho do seu titular."*

Assegura haver questão contraditória quando se analisa a Declaração fornecida pelo preposto da Sefaz/Alagoas, pois, ele informa que a empresa não existe e que o endereço é um imóvel residencial, porém, em 18/04/2016, foi publicada uma alteração na Lei Complementar 123, também conhecida de "Estatuto da Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte". A partir do acréscimo do Parágrafo 25 no Artigo 18-A, essa Lei Complementar passou a permitir ao Micro Empreendedor Individual (caso do destinatário da mercadoria) empreender em endereço residencial. Este parágrafo anexado, assegura ao microempreendedor o direito a ter domicílio e atividades profissionais endereçados em sua própria casa:

*"§25 O MEI poderá utilizar sua residência como sede do estabelecimento, quando não for indispensável a existência de local próprio para o exercício de sua atividade."*

Sustenta que no presente caso, o preposto fiscal de Alagoas informa que no endereço existe um imóvel residencial, de fato, é residencial mesmo, já que a empresa funciona e tem sede na casa do proprietário. E bem como o Fisco trabalha, já que é sua obrigação apresentar provas de qualquer suposto ilícito tributário, porém, afirmar que a empresa não funciona porque no local existe uma residência, está em sentido contrário ao ordenamento jurídico, já que a Lei Complementar nº 123, em artigo 18-A, parágrafo 25, autoriza a MEI

funcionar em endereço residencial.

Alega haver outra distorção que diz respeito ao cumprimento do artigo 18, IV "a" combinado com artigos 26, I e IV; 28 IV, 29 I B, 29 H e 31 A; 31 B; 31 C. 31 D e 31 E do RPAF/BA, transcritos na peça defensiva.

*“Art. 18. São nulos:*

*I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;*

*II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*

*III - as decisões não fundamentadas;*

*IV - o lançamento de ofício:*

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

*b) em que se configure ilegitimidade passiva. § 1º 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, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.*

*Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

*I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;*

*II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*

*III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;*

*IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.*

*Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

*IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS; decreto\_1999\_7629\_paf regulamento.doc*

*IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos; -\*revogado.*

*VI - Auto de Infração ou Notificação Fiscal, para exigência do crédito tributário, atendidas as disposições pertinentes deste Regulamento;*

*Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência*

*I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:*

*a) descumprimento de obrigação acessória;*

*b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo Decreto 1999 7629 paf regulamento .doc efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular; ou*

*c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias;*

*II - tratando-se de Notificação Fiscal, exceto quando a mercadoria estiver desacompanhada de documento fiscal ou acompanhada de documento fiscal inidôneo, hipótese em que deverá ser lavrado Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal.*

*Art. 31-A. O Fisco Estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:*

*1- os bens móveis, inclusive semoventes, em trânsito ou existentes em estabelecimento comercial,*

*industrial ou produtor, de cooperativa ou de responsável tributário, que constituam prova material de infração à legislação fiscal;*

*II - as mercadorias transportadas ou encontradas sem a documentação fiscal exigível;*

*III - as mercadorias encontradas em local diverso do indicado na documentação fiscal;*

*IV - as mercadorias acompanhadas de documentos fiscais que apresentem evidência de fraude contra a Fazenda Estadual;*

*V - as mercadorias em poder de ambulantes, feirantes ou outros contribuintes de existência transitória ou sem estabelecimento fixo, que não comprovarem a regularidade de sua situação fiscal;*

*VI - as mercadorias pertencentes a contribuinte, cuja inscrição houver sido alterada para inapta;*

*VII - as máquinas registradoras, PDVs, IFs, ECFs ou os demais equipamentos de uso não fiscal encontrados em situação irregular;*

*VIII - os livros, documentos, papéis, objetos e meios magnéticos que constituírem prova de infração à legislação tributária, exceto os livros da contabilidade geral da empresa.*

*§ 1º O Termo de Apreensão de que trata o caput deste artigo conterá, dentre outros elementos, as seguintes indicações:*

*I - a identificação, o endereço e a qualificação do sujeito passivo;*

*II - o dia, a hora e o local da ocorrência;*

*III - a descrição, em síntese, do motivo determinante da apreensão e dos demais elementos esclarecedores, com indicação expressa de que se trata, conforme o caso:*

*a) de mercadorias ou bens desacompanhados de documentação fiscal;*

*b) de mercadorias ou bens acompanhados de documento inidôneo, caso em que será explicitada a circunstância caracterizadora da inidoneidade, nos termos do art. 44 da Lei nº 7.014/96; Decreto 1999 7629 paf regulamento.doc*

*V - o nome, o cadastro e a assinatura do funcionário fiscal; identificação;*

*houver, e demais elementos que permitam sua perfeita o tipo, o modelo, a espécie, a qualidade, o prazo de validade, se mercadorias, bens, livros ou documentos apreendidos, com indicação das respectivas quantidades e, conforme o caso, a marca,*

*c) de outros motivos a serem informados;*

*IV - a discriminação das*

*VI - o nome e a assinatura do contribuinte, de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa em assinar.*

*§ 2º Quando o sujeito passivo, seu representante ou preposto se recusar a assinar o Termo de Apreensão ou em caso de sua ausência, o Termo deverá ser assinado por 02 (duas) testemunhas.*

*§ 3º Na especificação das mercadorias ou bens apreendidos, deverá ser relacionado, também, o documento fiscal que os acompanhe, se houver.*

*§ 4º As autoridades fazendárias adotarão as medidas cabíveis no sentido de evitar a retenção de cargas ou mercadorias para simples verificação, além do tempo razoável em cada caso ou circunstância.*

*§ 5º Quando se tratar de mercadoria de rápida deterioração ou perecimento, essa circunstância será expressamente mencionada no Termo de Apreensão.*

*§ 6º Estando a mercadoria em situação fiscal irregular, o risco do perecimento natural ou da perda de valor será do seu proprietário ou do detentor da mesma no momento da apreensão.*

*§ 7º A lavratura do Termo de Apreensão será seguida, quando for cabível, após a fase de averiguação que porventura o caso requeira, da lavratura do Auto de Infração.*

*Art. 31-B. São competentes para lavrar Termo de Apreensão os Auditores Fiscais e os Agentes de Tributos Estaduais quando no exercício de suas funções.*

*Art. 31-C. O Termo de Apreensão será emitido em 02 (duas) vias, com a destinação seguinte:*

*I - a 1ª via será entregue ao detentor dos bens apreendidos;*

*II - a 2ª via integrará o processo respectivo.*

*Art. 31-D. O Termo de Depósito e o Termo de Liberação serão emitidos em 02 (duas) vias, com a seguinte destinação:*

*I - a 1ª via será entregue ao depositário;*

*II - a 2ª via integrará o processo respectivo.*

*Art. 31-E. A apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato. Parágrafo único. - Tratando-se de apreensão de mercadorias, uma vez lavrado o Decreto 1999 7629-paf regulamento.doc Termo de Apreensão, este perderá a validade se, no prazo de 180*

*(cento e oitenta) dias, não for lavrado o Auto de Infração correspondente, devendo ser considerada encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.”*

Defende que o Decreto que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia, explicita alguns requisitos a serem observados e que não foram observados na ação fiscal, vejamos:

O artigo 18, IV, "a" e "b" trata das nulidades, ali se exige que alguns elementos estevam presentes. No presente caso, o verdadeiro contribuinte estava explicitado na nota fiscal, uma empresa devidamente registrada no MEI e funcionando numa residência, existindo aí, ilegitimidade passiva. Além disto, se verifica a falta de demonstrativo onde se mostre como o ilustre autuante chegou a base de cálculo do ICMS.

Destacou as duas notas consolidadas: Valor das mercadorias R\$74.005,80 (setenta e quatro mil, cinco reais e oitenta centavos); ICMS destacado R\$5.180,41 (cinco mil, cento e oitenta reais e quarenta e um centavos).

Afirmou que não se demonstra como se chegou a Base de Cálculo de R\$125.896,66, já que o valor das notas são R\$74.005,80, o que daria um MVA de 70,117%, portanto, está inconsistência na notificação impede que o autuado efetue uma conferência nos cálculos, se por ventura, esta junta de julgamento considerar a notificação procedente. Em seguida, destacou os § 3º e 4º do artigo 23 da Lei 7.014/96:

*Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:*

*H...*

*III - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição*

*§1....*

*§2*

*§ 3º Nas situações previstas em regulamento, em substituição ao disposto no inciso II do caput deste artigo, a base de cálculo para fins de substituição tributária será o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador. § 4º A margem a que se refere a alínea "c" do inciso II do caput será estabelecida em regulamento, com base nos seguintes critérios:*

*I - levantamentos, ainda que por amostragem, dos preços usualmente praticados pelo substituído final no mercado considerado, neste Estado;*

*II - informações e outros elementos, quando necessários, obtidos junto a entidades representativas dos respectivos setores; III - adoção da média ponderada dos preços coletados.”*

Prossegue sua tese defensiva afirmando que a própria Lei estabelece os parâmetros para cálculo da base de cálculo e do MVA para apuração do imposto a pagar, já foi analisado detalhadamente, folha por folha, o processo da notificação e não foi encontrado em nenhum lugar a "fórmula" ou demonstrativo que possibilitou a utilização do MVA que acarretou a base de cálculo apresentada pelo Sr. Auditor.

Em seguida, destacou a relevância da não lavratura do termo de apreensão. Salienta que o início da fiscalização, no trânsito de mercadorias, começa com a apreensão (artigo 26, I e IV do RPAF), e o termo é elemento essencial (artigos 28, IV; 29, I, B e 29 II, combinado do RPAF), ele só será dispensado de ser lavrado quando ocorrer a quitação, durante o procedimento fiscal. Chama atenção para o fato do processo ter em seu bojo o termo de liberação e não conter o termo de apreensão, documento obrigatório, no trânsito de mercadorias, caso não ocorra o pagamento durante o procedimento fiscal.

A impugnante afirma ter chamado sua atenção no que diz respeito ao enquadramento legal

tipificado pelo Sr. Auditor (artigo 6º, inciso III, "c" da Lei 7.014/96).

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

*III - os transportadores em relação às mercadorias:*

*a) ....*

*b)*

*c) que forem negociadas no território baiano durante o transporte; ”*

Em seguida, faz o seguinte questionamento: Se as mercadorias foram apreendidas (sem termo de apreensão) no Posto Fiscal, portanto, como o Ilustre auditor pode afirmar que as mercadorias estavam sendo comercializadas em território baiano?

Sustenta que as mercadorias tinham um destinatário certo, uma empresa MEI, com situação cadastral ativa, que tem a possibilidade jurídica de funcionar em uma residência. Parece que ocorreu uma inversão do ônus da prova, já que o ilustre auditor de Alagoas não informou que o endereço não existe, ele informa que é uma residência, situação jurídica perfeitamente legal, já que a Lei Complementar 123, artigo 18 A, Parágrafo 25 autoriza este tipo de endereço.

Por fim, requer que a notificação de lançamento Notificação nº 2325410267/18-05 de 29/10/2018, seja julgada nula ou improcedente. Caso não seja este o entendimento deste Douto Conselho requer, alternativamente, que seja julgado parcialmente procedente, refazendo os cálculos da base de cálculo apurado pelo Sr. Auditor fiscal, colocando a base de cálculo utilizada para alimentos em geral.

É o relatório.

#### **VOTO.**

A Notificação Fiscal contém uma única infração elencada, que diz respeito ao flagrante de trânsito de mercadorias procedentes de outra unidade da federação (do Estado de São Paulo, conforme DANFEs 38.766 e 38.767, fls. 04 e 05), em território deste Estado, com destino final para contribuinte de outra Unidade da Federação (Estado de Alagoas, vide DANFEs já indicados) que se confirmou não existir conforme documento acostado pelo Notificante à fl. 03 (Diligência fiscal realizado por preposto do fisco do Estado de Alagoas) autorizando a presunção de que o documento fiscal objeto do transporte em tela seria inidôneo, e que a mercadoria apreendida seria negociada no território baiano durante o transporte.

De início devo apreciar a arguição de nulidade pautada na tese de ilegitimidade passiva, pois alegou a Impugnante que o polo passivo legítimo seria àquele descrito nos DANFEs “THIAGO BUFFONE CORDEIRO”. Todavia, afasto a arguição de nulidade, haja vista que a Impugnante assumiu a posse da mercadoria como depositária fiel denotando interesse econômico nas mesmas. Ademais, em se tratando de bens perecíveis não poderia descuidar de preservá-las. E jamais o faria se não lhe implicasse em perdas patrimoniais.

Portanto, não há que se falar em ilegitimidade passiva, pois a liberação da mercadoria não poderia ocorrer sem a comprovação da idoneidade da operação ou a lavratura desta Notificação Fiscal, que não poderia ser em outro nome que não a da Impugnante. Afasto, deste modo, a arguição de nulidade requerida.

Adentrando ao mérito, têm-se que o documento de diligência fiscal constante da fl. 03 esclareceu que:

*“No cumprimento regular das competências de fiscalização, o Auditor Fiscal da Receita Estadual: Fernando Jorge de Araújo Silva, Mat 82173-0, verificou in loco, em 30/10/2018, que a empresa, acima qualificada não está exercendo suas atividades econômicas naquele logradouro. O estabelecimento empresarial comercial não existe na localidade. O endereço especificado é de um imóvel residencial.*

*Arapiraca, 30 de outubro de 2018.*





*Fernando Jorge de Araújo Silva*

De fato, fazendo uma pesquisa no “Google earth pro”, no modo “street view”, no endereço em questão, temos o seguinte resultado:



De modo que, resta clarividente que no endereço indicado nos DANFES objetos da presente Notificação Fiscal, para onde estavam sendo encaminhadas às mercadorias revela uma humilde residência, que sequer comportavam as mercadorias comercializadas, haja vista que os documentos (fls. 04 e 05) denotam uma operação envolvendo 1.512 volumes, que indicam necessidade de armazenamento refrigerado.

A alegação de que a Lei Complementar 123, em seu Parágrafo 25 no Artigo 18-A, permitiria ao Micro Empreendedor Individual se estabelecer e empreender em endereço residencial, entendendo não ser subsistente, pois um dos requisitos para ser MEI, após a aprovação do Projeto de Lei 125/2015 – Crescer sem Medo, estabeleceu o limite anual de faturamento para adesão ao regime tributário do MEI de R\$81 mil a partir de 1º de janeiro de 2018. Não merece fé este argumento posto que segundo os documentos fiscais que acobertavam a circulação física das mercadorias já representavam quase todo o limite de faturamento do ano, ou seja, as mercadorias valiam R\$74.005,80. Nessa esteira, afasto essa alegação, pois os fatos não denotam capacidade econômica do destinatário para adquirir as mercadorias em questão.

Com relação ao cálculo reputo assistir razão à defesa, pois houve aplicação de margem de lucro ao valor da operação indicado na Nota Fiscal considerada inidônea, quando o cálculo correto seria adotar o valor da operação de mercado dos produtos, que no caso seria a declarada no documento fiscal.

Sendo assim, aplicando a alíquota de 18% no valor da operação conforme somatória dos dois DANFES em questão (R\$73.902,80 + R\$103,00) que totalizam R\$74.005,80, chego ao valor devido de R\$13.321,04.

Destarte voto pela procedência parcial da presente Notificação Fiscal, resultando na redução do valor original lançado de R\$17.480,99 para R\$13.321,04.



## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA julgar **PROCEDENTE EM PARTE** a Notificação Fiscal nº. **232541.0267/18-5**, lavrado contra a empresa **FERTPAN COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto e dos acréscimos legais, no valor de **R\$13.321,04**, acrescido da multa, conforme art. 42, inciso IV, alínea “c” da Lei nº 7.014/96

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2020

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA- PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR