

PROCESSO - A. I. N° 128984.1082/22-7
RECORRENTE - E C DE SOUZA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0067-04/23-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/11/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0362-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. TRANSPORTE DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO DO TRANSPORTADOR. Restou comprovado que a mercadoria objeto da apreensão (farinha de trigo), estava desacompanhada de documentação fiscal que respaldasse a operação. Documento juntados ao processo não são suficientes para desconstituir a autuação. Comprovado que o valor do imposto exigido foi feito em conformidade com a legislação tributária. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão proferida pela 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 07/06/2022, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, que acusa:

Infração 01 – 051.0001.001: Transporte de mercadorias sem documentação fiscal” - R\$ 33.974,78. Multa de 100%.

Consta da descrição dos fatos: “Refere-se à comercialização interestadual de 640 sacos, com 50 kg cada, contendo farinha de trigo, desacompanhada de documentação fiscal exigida pela legislação em vigor, conforme descrição dos fatos constantes do Termo de Ocorrência Fiscal de nº 210765.1013/22-9”. O Termo de Ocorrência Fiscal (Termo de Apreensão) nº 2107651013/22-9, fls. 07 a 10, contém a seguinte descrição: “Em 06 de junho de 2022, em torno de 22:45 horas, o preposto fiscal Edvaldo Raimundo de Novais e o Policial Humberto Botelho estava fazendo volante fiscal quando avistou o veículo Volvo Branco de Placas Policiais PRF3E00/BA e OUUOC65/BA. Ressaltando que as placas estavam completamente ilegíveis conforme fotos anexas, aparentemente transportando mercadorias, próximo da PRF da DIVISA BA/MG. Ao tentar abordá-lo o mesmo evadiu-se da BR, escondendo dentro de uma roça de eucalipto e ao chegar ao local verificou-se que o motorista também não se encontrava dentro do veículo, deixando o mesmo abandonado dentro dos eucaliptos. Os prepostos ficaram durante a noite toda e somente hoje em torno de 06:00 horas da manhã apareceu o Sr. Edicarlos Carvalho de Souza, CNH 01216134465, CPF 003.012.795-51, que se apresentou como dono do veículo dizendo que o motorista estava com a chave do veículo. Posteriormente em torno de 11:00 horas da manhã este apareceu com o DANFE 2209, emitido pela empresa Alvorada Alimentos Ltda., CNPJ 20.428.475/0002-71, às 07:48:00 do dia 07/06/2022. Nota Fiscal emitida comprovadamente com intuito de fraude fiscal por motivo da Nota ser emitida hoje (dia 07/06 às 07:48 com o veículo já estando na Bahia e a Nota ter sido emitida no Rio Grande do Sul, somente 09 horas após a ação fiscal), também não ter Manifesto Eletrônico para esta operação, documento este obrigatório. Após conferência física das mercadorias ficou constatado que o veículo transportava 500 sacos de farinha de trigo comum marca D. Luci e 140 sacos de farinha de trigo comum marca São Roque. E, para constar, lavrei o presente Termo de Ocorrência que vai por mim assinado e servirá para dar consistência e fundamentar a Ação Fiscal que será desenvolvida através de Termo de Apreensão e Ocorrências e o devido Auto de Infração, assim que seja identificado o sujeito passivo”.

Na decisão proferida (fls. 83/88) foi apreciado que:

Consoante consta da inicial o Auto de Infração sob exame foi expedido pela fiscalização do trânsito de mercadorias, no dia 07/06/2022, às 18:08hs, com ciência pelo Patrono do autuado, em 13/06/2022, sob a seguinte acusação: “Transporte de mercadorias sem documentação fiscal”, com o valor lançado R\$ 33.974,78, tendo sido acrescentada a seguinte informação: “Refere-se à comercialização interestadual de 640 sacos, com 50 kg cada, contendo farinha de trigo, desacompanhada de documentação fiscal exigida pela legislação em vigor, conforme descrição dos fatos constantes do Termo de Ocorrência Fiscal de nº

210765.1013/22-9".

De acordo com o referido Termo de Ocorrência tal fato foi motivado em razão da tentativa de abordagem do veículo que conduzia as citadas mercadorias, no dia 06 de junho de 2022, em torno das 22:45hs, o qual se evadiu, sendo localizado em uma mata de eucalipto existente na região, sendo que, no dia seguinte, por volta das 11:00hs compareceu um preposto apresentando o DANFE nº 2209 emitido pela empresa Alvorada Alimentos Ltda., situada no município de Erebango, Estado do Rio Grande do Sul, com data de emissão e de saída às 07:48hs do dia 07/06/2022, com DAE para pagamento no valor de R\$ 27.433,98 emitido em nome da empresa VET CENTER ITATIM LTDA., localizada na cidade de Itatim, neste Estado, cujo pagamento foi realizado por E C DE SOUZA, CNPJ 33.256.951/0001-85 às 11:08hs do dia 07/06/2022, o qual não foi aceito pelo Fisco.

Em síntese, foram estes os fatos motivadores da autuação, os quais, no tocante a apreensão do veículo, foi objeto de Boletim de Ocorrência Policial registrado na Delegacia de Repressão a Furtos e Roubos da cidade de Vitória da Conquista/BA.

O autuado, alegou em sua defesa que compareceu ao Posto Fiscal e apresentou a Nota Fiscal 2209, emitida no dia 07/06/2022, às 07:48h, anteriormente à lavratura do Termo de Apreensão, acompanhada do comprovante do pagamento no valor de R\$ 27.433,98, ocorrido às 11:08hs do mesmo dia, sendo que o referido Termo fora lavrado às 14:42hs do dia 07/06/22, configurando-se, ao seu argumento, denúncia espontânea, o que exclui a responsabilidade do cometimento de infração à legislação tributária.

Tal argumento não foi acolhido pelo autuante sob a alegação de que no momento da emissão da referida nota fiscal, emitida por empresa localizada no Rio Grande do Sul, há mais de 2.300km de distância de onde o veículo foi localizado no território baiano.

Analizando os fatos acima narrados, vejo que o Termo de Apreensão de fl. 07, assinado pelo Representante Legal do autuado no dia 09/06/2022, consta expressamente, na descrição dos fatos, que a ocorrência se deu no dia 06 de junho de 2022, em torno das 22:45hs, fato este não contestado pelo autuado/representante, quando da ciência/assinatura do Termo de Apreensão.

Portanto, apesar do citado termo ter sido lavrado no dia 07/06/2022, às 14:42hs, os fatos nele narrados atestam que a ocorrência se deu no dia anterior, o que denota que a mercadoria de fato circulava sem documento fiscal, e se confirma que a nota fiscal 2209 fora emitida após a apreensão fática do veículo transportador das mercadorias objeto da autuação.

E isto se confirma através da pesquisa efetuada no portal do Sistema Eletrônico de Emissão de Notas Fiscais Eletrônicas, onde consta que a referida nota fiscal, chave de acesso nº 43220620428575000271550010000022091193621502 foi cancelada pelo emitente (Cod. 110111) no dia 10/06/2022 às 10:17:00hs, Prot. nº 143220124554013, sob a justificativa de “cancelamento por erro de dados”.

Ao meu ver isto significa que a Nota Fiscal 2209 apresentada pela defesa, após a apreensão do veículo, não se encontrava apta para respaldar a operação, posto que, além de cancelada, não justifica sua emissão no dia 07/06/2022, às 07:48hs, no Estado do Rio Grande do Sul, para acobertar o trânsito de mercadoria comprovadamente já apreendida no território baiano.

Também, há de ser ressaltado a inexistência do Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais - MDF-e, de emissão obrigatória pelo contribuinte do CT-e, também inexistente, consoante previsão no Art. 170-A, verbis:

Art. 170-A. Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais - MDF-e, modelo 58, é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, devendo, ainda, ser observadas as regras estabelecidas no Ajuste SINIEF 21/10.

§ 1º O MDF-e deverá ser emitido:

I - pelo contribuinte emitente do CT-e de que trata o Ajuste SINIEF 09/07, na prestação de serviço de transporte intermunicipal e interestadual:

Art. 170-B. O documento Auxiliar do MDF-e (DAMDFE) é de uso obrigatório, nos termos de Ajuste SINIEF 21/10.

Outro aspecto importante é que o DAE para pagamento foi gerado em nome de VET CENTER ITATIM LTDA, enquanto que o pagamento foi realizado por E C DE SOUZA, fls. 68 e 69, o que não se justifica porque, acaso tivesse sido emitido para acompanhar as mercadorias o pagamento teria que ser realizado pelo remetente ou pelo adquirente das mercadorias, a depender da situação, e não pelo transportador, que, no momento da saída da mercadoria, de forma regular, não seria o sujeito passivo da obrigação tributária.

Portanto, à vista do quanto acima exposto, não acolho o documento fiscal acima citado para fim de consubstanciar a operação, pelas razões assinaladas.

Quanto a alegação de erro na apuração do imposto devido também não acolho o argumento defensivo posto que, a rigor, a diferença entre o valor recolhido e o constante na autuação cinge-se, exatamente ao valor do ICMS destacado no documento fiscal ($R\$ 36.974,78 - R\$ 27.433,98 = 6.540,80$), portanto, como tal documento não se encontrava apto para subsidiar a operação, não havia como se acolher o citado crédito fiscal, que, afinal, não existiu, na medida em que o documento foi cancelado pelo próprio emitente consoante já assinalado acima.

No que diz respeito a alegação de “impropriedade lógica que seja autuado por transporte ou operação de mercadoria sem documento fiscal” e que, ao mesmo tempo, “a nota fiscal da operação apresentada ser utilizada pelo Fisco para definir a base de cálculo da cobrança tributária” deixando de se considerar o crédito destacado no documento fiscal, cuja indivisibilidade do documento admitido como meio de prova é regra estabelecida pelo Parágrafo único do Art. 412 do CPC, não se podendo aproveitar o documento fiscal apenas na parcela em que beneficia o Fisco, vejo que este argumento, não se aplica ao presente caso.

A uma, porque em se tratando de documento ilegítimo, cancelado pelo emitente, não há crédito fiscal a ser considerado, sobretudo por ter sido emitido após a circulação das mercadorias. A duas, porque o citado parágrafo único do citado artigo do CPC faz a ressalva de sua indivisibilidade é admitida “**salvo se provar que estes não ocorreram**”, o que não foi levado em conta pelo autuado em seus argumentos, razão pela qual não posso acolher o argumento defensivo.

No que pertine a alegação de que tal documento foi utilizado apenas para efeito de utilizar o valor da operação nele consignado para efeito de determinação do valor da base de cálculo, ignorando o crédito fiscal nele destacado, esclareço que em se tratando de circulação de mercadorias constatadas no trânsito de mercadorias o Fisco poderá se valer de vários meios para esse fim, como por exemplo, consultar os preços de vendas praticados no mercado atacadista do local onde se verificou o fato apurado, porém, neste caso, foi aplicada uma base de cálculo até mais benéfica ao autuado pois se valeu apenas de uma informação do momento, contida em um documento que, apesar de não servir para respaldar a operação de circulação da mercadoria, contém a indicação do valor que seria efetivamente praticado, portanto, considero válido o procedimento do autuante, até porque o autuado não contestou o valor atribuído a título de base de cálculo.

Quanto a alegada incorreção na apuração do débito e da apuração do imposto devido, vejo que o autuante procedeu de acordo com o previsto pelo Art. 373, § 3º, II e § 4º do RICMS/BA, consoante se verifica no demonstrativo de fl. 11, razão pela qual também não acolho os argumentos defensivos relacionados a estes fatos.

No tocante ao pedido de homologação do valor recolhido, pelo fato deste não se encontrar vinculado à presente autuação através de citação específica no DAE de recolhimento, compete ao autuado buscar os meios possíveis na repartição fazendária para possível compensação em relação ao valor efetivamente devido, não tendo este órgão julgador competência para tal fim.

Finalmente, quanto ao pedido de ouvida da Procuradoria Fiscal como custos legis, também não acolho pelo fato de não existir previsão legal neste sentido, sobretudo em se tratando de julgamento em primeira instância.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 97 a 106) por meio da advogada Luana Helena Rocha Estrela, OAB/BA 63.644, inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre a infração de trânsito subsidiada pelo Termo de Apreensão de Mercadorias de 640 sacos de farinha de trigo da marca D. Luci e São Roque, informa que compareceu ao Posto Fiscal Benito Gama e apresentou a Nota Fiscal-e nº 2209, emitida em 07/06/2022, às 07h48, anterior à lavratura do Termo de Apreensão, acompanhada do comprovante do pagamento do ICMS incidente sobre a operação, no valor de R\$ 27.433,98.

Discorre sobre a impugnação, juntada de documentos comprobatórios da denúncia espontânea da infração e pagamento do tributo devido, antes do termo de início da ação fiscal, bem como, apuração incorreta do débito, por desconsiderar o crédito constante na NFe no cálculo do valor exigido aplicando a sistemática de cálculo do ICMS-ST prevista Ato Cotepe 59/2022 (farinha de trigo).

Entende que nos termos do art. 138 e parágrafo único do CTN, deveria ser exonerado de quaisquer parcelas punitivas, diante do recolhimento integral do valor principal, o que não foi reconhecido pela 4ª JJF, julgando procedente o Auto de Infração, conforme resumo dos fundamentos da decisão, que entende ser equívocada e deve ser reformada.

No MÉRITO, argumenta que conforme provas juntadas com a defesa não ocorreu a infração

apontada pela fiscalização, por restar configurada, DENÚNCIA ESPONTÂNEA (DE) da infração e efetuado o pagamento, antes do início da ação fiscal, o que afasta a infração nos termos do art. 138 do CTN.

Argumenta que o marco inicial da ação fiscal foi o Termo de Apreensão nº 210765.1013/22-9, lavrado às 14h42min do dia 07/06/2022, denunciada espontaneamente a infração, com a apresentação da Nota Fiscal-e nº 2209 por volta das 11 horas, emitida às 07h48min do mesmo dia e pagamento do ICMS-ST efetivado às 11h08min do dia 07/06/2022, conforme comprovantes DAE anexados à defesa.

Alega que tendo efetuado DE e recolhimento do tributo, antes do início da ação fiscal, restou configurada a hipótese de exclusão da responsabilidade do cometimento da infração (art. 138 do CTN), o que implica em não imposição de qualquer multa de ofício, sendo indiferente que o Termo de Apreensão se reporte a fatos ocorridos em momento anterior da NFe apresentada, mesmo que cancelada posteriormente, não acompanhada de MDFe, ou ainda, que o pagamento do tributo tenha sido realizado pelo transportador, como foi invocado pelos julgadores de primeira instância.

Reafirma que o Auto de Infração, não consiste em cobrança de multa isolada pelo cometimento da infração e sim em lançamento do imposto devido na operação, que não mais poderia ter sido cobrado, considerando o instituto da denúncia espontânea, antes do início da ação fiscal.

Argumenta ainda, equívoco cometido na apuração do valor do débito tributário lançado, por DESCONSIDERAR O CRÉDITO do ICMS, partindo do valor das mercadorias consignadas na NF-e de R\$ 93.440,00, aplicando a alíquota interna de 18% sobre a base ajustada com MVA de 87,86% e carga direta tributária de 36,36%, resultando em R\$ 33.974,78.

Alega que esse procedimento desconsiderou o crédito destacado na nota fiscal apresentada como DE da infração, conforme art. 2º, § 1º do Ato COTEPE 59/2022, para o cálculo de ICMS-ST devido.

Pontua que o primeiro erro consiste em não aceitação da NFe apresentada como DE, mesmo que tenha servido para definição da base de cálculo da cobrança, e também deveria atestar a existência de crédito fiscal, mediante apresentação do comprovante de pagamento que acompanhou a DE.

E que o segundo equívoco, a JJF rejeitou a alegação defensiva fundamentando que “*o autuante procedeu de acordo com o previsto pelo Art. 373, § 3º, II e § 4º do RICMS/BA, consoante de verifica no demonstrativo de fl. 11*”, que entende ser insuficiente para respaldar o cálculo realizado.

Recorda que a operação envolve aquisição de farinha de trigo de fornecedor situado no Estado do Rio Grande do Sul, não signatário do Prot. ICMS 46/00, cuja apuração do ICMS-ST segue as diretrizes firmadas no art. 2º, § 1º do Ato COTEPE 59/2022, aplicando direta da carga tributária de 36,36% sobre o valor da operação, sem o ICMS destacado, ou aplicação do valor de referência de ICMS constante em seu Anexo II, deduzindo-se o crédito de origem, cobrando-se a exação pelo maior valor encontrado.

Argumenta que como visto e confirmado pela JJF, não foi esse o roteiro seguido pelo autuante, maculando de nulidade o procedimento fiscal.

Alega que o valor correto foi apurado e recolhido conforme Ato COTEPE 59/2022, *indicando:*

- 1) Pelo valor de referência do saco de 50 kg da farinha de trigo comum constante no r. Anexo II (R\$ 48,98), o ICMS-ST devido na operação seria de R\$ 19.908,40 (R\$ 26.449,20, menos o crédito de origem, de R\$ 6.540,80).
- 2) Pela aplicação direta da carga de 36,36% sobre o valor da operação, deduzido o ICMS destacado, o ICMS-ST soma R\$ 25.055,75 (R\$ 31.596,55, menos o crédito de origem).

Conclui que sendo maior valor o último, indica o montante devido a título de ICMS-ST, já integralmente recolhido, que é inferior ao já recolhido de R\$ 27.433,98, conforme DAE juntado a

defesa, não remanescendo, portanto, qualquer valor devido.

Requer reforma da Decisão, reconhecendo a improcedência do Auto de Infração, inclusive manifestação da Procuradoria Fiscal quanto ao cumprimento da legislação tributária.

Presente na sessão de videoconferência, a advogada Dra. Luana Helena Rocha Estrela Vargas, que exerceu o seu direito de fala em defesa ao contribuinte.

VOTO

O Auto de Infração acusa transporte de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal.

No Recurso Voluntário interposto o recorrente reapresentou as alegações defensivas que não foram acatadas na Decisão proferida pela 4ª JJF, em termos gerais alegou que:

- i) Efetuou denúncia espontânea e efetuou o pagamento do ICMS-ST antes do início da ação fiscal;
- ii) Erro na apuração do ICMS-ST exigido, tanto da constituição da base de cálculo, quanto da não compensação do imposto pago na operação anterior.

Quanto ao primeiro argumento, constato que conforme apreciado na decisão ora recorrida, no Termo de Ocorrência (fl. 10) foi circunstaciado que no dia 06/06/2022, em torno de 22:45 hs, a fiscalização de trânsito de mercadorias avistou o veículo Volvo Branco de Placas PRF3E00/BA e OUUOC65/BA, que estavam ilegíveis conforme fotos acostadas às fls. 14 e 15 (coberta de lamas) próximo da PRF da divisa BA/MG, que evadiu-se da BR e foi encontrado abandonado dentro de uma roça de eucalipto, ficando sob vigília e só às 06:00 horas da manhã do dia seguinte apareceu o proprietário (Edicarlos Carvalho de Souza, CNH 01216134465, CPF 003.012.795-51), sem as chaves do veículos que alegou estarem com o motorista. Por volta das 11 hs foi apresentado o DANFE 2209, emitido pela empresa Alvorada Alimentos Ltda., CNPJ 20.428.475/0002-71, às 07:48:00 do dia 07/06/2022.

Em seguida o veículo e os 640 sacos de farinha de trigo que transportava foram apreendidos conforme AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO mediante BO 321.431 registrado na Delegacia de Polícia do município de Vitoria da Conquista/BA (fls. 24/25) e Termo de Ocorrência Fiscal (fls. 26/27).

Constatou que o Termo de Apreensão das mercadorias lavrado em 07/06/2022 (fls. 7/8) circunstancia os fatos que culminou na apreensão das mercadorias objeto da autuação foi assinado pelo advogado Pedro Eduardo Pinheiro Silva, OAB/MG 106.616, como representante do autuado, conforme procuração de fl. 22.

Também, mesmo considerando que o início da ação fiscal tenha ocorrido às 14:42hs, como alegado pelo recorrente, não é plausível que as mercadorias tenham saído do município de Erebango no Estado do Rio Grande do Sul às 07:48hs, como consta no DANFE nº 2209 (fl. 12) e transportado por veículo já estivesse no território baiano às 14:42hs do mesmo dia.

Como circunstaciado na decisão recorrida, a Nota Fiscal-e nº 2209 foi emitida contra a empresa VET CENTER ITATIM LTDA., inscrição estadual (IE) no cadastro do ICMS 187.456.928 (fl. 12) e se apresentou como proprietário das mercadorias, conforme Termo de Apreensão o Sr Edicarlos Carvalho de Souza, empresário individual titular da empresa E C DE SOUZA, IE 157.001.484 (fl. 7), cujo DAE apresentado junto com a defesa (fl. 69) foi emitido para a firma VET CENTER ITATIM LTDA e o pagamento efetivado pela firma E C DE SOUZA, conforme comprovante de transação bancária acostado à fl. 68, e não foi aceito pelo Fisco.

Ressalte se ainda, que a Nota Fiscal-e nº 2209 (fl. 12) foi emitida por empresa localizada no Rio Grande do Sul (ALVORADA ALIMENTOS LTDA) com natureza da operação, venda CFOP 6101 destinada a empresa VET CENTER localizada no município de Itatim/BA, e o veículo apreendido juntamente com as mercadorias transitando no Estado da Bahia pertence ao Sr. Edicarlos Carvalho de Souza (fl. 19). Logo, não sendo o destinatário o próprio transportador das mercadorias, deveria

ter sido emitido um Conhecimento de Transporte Eletrônico (CTe) pelo prestdor do serviço, visto que a referida Nfe indica que o frete seria por conta do DESTINATÁRIO, ou seja, FOB, o que não foi carreado aos autos. Também não houve emissão de *Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais (MDF-e)*, conforme presto no art. 170-A e 170-B do RICMS/BA. Isso reforça o entendimento de que a Nfe 2209 não foi emitida para acobertar a circulação das mercadorias que foi objeto da autuação, visto que não fez se acompanhar de CTe emitido pelo transportador que não era o remetente ou destinatário das mercadorias.

Também, conforme ressaltado pela 4^a JJF, em pesquisa efetuada no portal do Sistema Eletrônico de Emissão de NFe foi constado que a Nota Fiscal-e nº 2209 (43220620428575000271550010000022091193621502) foi **cancelada pelo emitente** (Cod. 110.111) no dia 10/06/2022 às 10:17:00hs, Protocolo nº 143.220.124.554.013, sob a justificativa de “**cancelamento por erro de dados**”.

Pelo exposto, embora o Termo de Apreensão tenha sido lavrado no dia 07/06/2022 às 14:42 hs, observo que foi circunstaciado no citado documento que o veículo foi identificado carregado com os 640 sacos de farinha de trigo no território do Estado da Bahia no dia 06/06/2022, sem apresentar objeção por parte do advogado representante do estabelecimento autuado, o que configura prova de que as mercadorias já estava sendo conduzida neste Estado e não pode justificar que estavam acobertadas pelo DANFE nº 2209 emitido no dia posterior (07/06/2022), visto que a Nota Fiscal-e nº 2209 apresentada pela recorrente, após a apreensão do veículo, não serve para acobertar a operação, posto que, além de cancelada, “*não justifica sua emissão no dia 07/06/2022, às 07:48hs, no Estado do Rio Grande do Sul, para acobertaro trânsito de mercadoria comprovadamente já apreendida no território baiano*”, conforme decisão recorrida.

Quanto ao argumento de erro na apuração do imposto devido observo que:

- a)** O valor das mercadorias foi de R\$ 93.440,00 que não foi contestado;
- b)** No demonstrativo de fl. 11, foi indicado a MVA de 87,86 que aplicado a este valor resultou em base de cálculo de R\$ 175.536,38, aplicado a alíquota interna de 18% resultou em valor devido de R\$ 31.596,55;
- c)** Foi exigido valor devido de R\$ 33.974,78.

Conforme indicado na fl. 104 do Recurso Voluntario o Ato COTEPE 59/2022 prevê:

Art. 2º Ficam divulgados, na forma do Anexo II deste ato, os valores de referência do ICMS na aquisição de farinha de trigo e mistura de farinha de trigo procedente do exterior ou de Estado não signatário do Protocolo ICMS nº 46/00, conforme o § 1º da cláusula quarta.

§ 1º Para se obter o valor do imposto a recolher, deve-se excluir do valor da operação o ICMS destacado e o ICMS do frete (FOB), aplicar o percentual de 36,36% (trinta e seis inteiros e seis centésimos por cento) e comparar com o valor de referência do Anexo II, prevalecendo, como imposto devido, o de maior valor.

§ 2º Após definido o valor do ICMS da operação, abater o crédito de origem, se for o caso.

O item 11.2 do Anexo 1 do RICMS/BA prevê MVA de 87,86% para aquisição de Farinha de trigo de Estados com origem de alíquota de 7%, que é o caso (RGS), o que resulta em valor de R\$ 31.596,55 (R\$ 93.440,00 + MVA de 87,86% = R\$ 175.536,38 x 18%).

O § 1º do Ato COTEPE prevê que deve ser comparado com a aplicação do porcentual de 36,36% o que resulta em valor devido de R\$ 33.974,78 (R\$ 93.440,00 x 36,36%).

Dessa forma, o comparativo resultou no valor exigido de R\$ 33.974,78 que é o valor maior, conforme disposto no art. 373, § 3º, II e § 4º do RICMS/BA, motivo pelo qual não acolho o argumento defensivo de que ocorreu erro na apuração do valor exigido.

No que se refere a alegação de que devia ser abatido o valor do crédito fiscal destacado na Nota Fiscal-e nº 2209, observo que conforme apreciado anteriormente, a Nota Fiscal-e nº 2209 foi emitida após a apreensão física do veículo transportador das mercadorias que foi objeto da autuação e não há prova de que aquela nota fiscal tenha acobertado a circularização das

mercadorias. Além disso, no julgamento de primeira instância foi apreciado que em consulta efetuada no portal do Sistema Eletrônico de Emissão de NFe, “*consta que a referida nota fiscal, chave de acesso nº 43220620428575000271550010000022091193621502 foi cancelada pelo emitente (Cod. 110111) no dia 10/06/2022 às 10:17:00hs, Protocolo nº 143220124554013, sob a justificativa de “cancelamento por erro de dados”.*

Ressalte se que o art. 40 e §§ da Lei 7.014/1996 estabelece:

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

§ 1º Respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que tenham concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou dela se beneficiarem.

...
§ 3º A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver desacompanhada de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidôneo, como definidos em regulamento.

...
§ 5º A mercadoria, bem, livro ou documento em situação irregular serão apreendidos pelo fisco, mediante emissão de termo próprio, destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

§ 6º O trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal.

Portanto, na situação em questão o transportador da mercadoria que foi objeto da apreensão por se encontrar no território baiano, originária do Estado do Rio Grande do Sul, não se corrige com apresentação ulterior de documento fiscal.

Por tudo isso, considero correto a não compensação do valor do ICMS indicado na Nota Fiscal-e nº 2209, por a mesma não acobertar as mercadorias objeto da autuação e ter sido cancelada em momento posterior a lavratura do Auto de Infração.

Por fim, quanto ao pedido de que seja encaminhado o processo a PGE/PROFIS para se manifestar acerca do cumprimento da legislação tributária, não acolho tal pedido, tendo em vista que os elementos contidos no processo são suficientes para promover o julgamento da lide, sendo assegurado ao recorrente ou representante legal, reiterar este pedido na sustentação oral da sessão de julgamento diante da presença do Procurador Fiscal que estiver presente, para manifestar se sobre a existência de vício ou ilegalidade no lançamento do crédito tributário, ainda que inscrito em dívida ativa, nos termos dos artigos 113 a 118 do RPAF/BA.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 128984.1082/22-7, lavrado contra E C DE SOUZA, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 33.974,78, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

VICENTE OLIVA BURATO – REPR. DA PGE/PROFIS