

A.I. N.º - 000.916.834-6/01
AUTUADO - ARNALDO PESTANA DA CRUZ
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 25/09/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0317-03/02

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL IDÔNEA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/01, exige ICMS no valor de R\$ 27.705,12, em virtude da seguinte imputação:

“Mercadorias encontradas em local que não possui inscrição no CAD-ICMS, desacobertadas de notas fiscais idôneas”.

Foi lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n.º 100899, apreendendo diversas mercadorias, ficando como detentor das mesmas a empresa Comercial de Alimentos Osmar Ltda.

O impugnante foi a empresa Comercial de Alimentos Osmar Ltda, com I.E. n.º 54.444.621, que através de seu advogado apresentou defesa, às fls. 28 a 36, inicialmente esclarecendo que o sujeito passivo da autuação era o Gerente responsável pelo estabelecimento fiscalizado. Diz que a motivação da fiscalização decorreu de um lamentável fato policial, do qual a principal vítima foi o proprietário do estabelecimento, Sr. Osmar Francisco de Oliveira. Expõe que durante o período de 30/07 a 22/11/01 o estabelecimento foi “gerenciado” por dois criminosos (Srs. Altair César de Andrade e Efstratios Panzani Júnior), que não cumpriram com as suas obrigações, e que hoje estão na Penitenciária Lemos de Brito, “respondendo” por várias acusações, de toda a ordem. Aduz que no dia da ação fiscal, decorrente dos acontecimentos policiais que envolveram os referidos criminosos, a fiscalização da SEFAZ entendeu por bem apreender todas as mercadorias constantes no estabelecimento, tomando como base a listagem do “Resumo Geral do Inventário Gerencial P/ Grupo de Contagem”, sob alegação de que as mercadorias foram encontradas em local sem inscrição no cadastro do Estado. No entanto, nega que o estabelecimento não estivesse inscrito, dizendo que apesar dos problemas ocorridos, a inscrição sempre se manteve ativa, e acrescenta que não há provas nos autos para essa afirmação por parte do autuante. Expõe que em 19/12/01 foi lavrado contra o mesmo estabelecimento outro Auto de Infração, onde em nenhum momento foi alegada ausência de inscrição cadastral. Afirma, quantos aos documentos fiscais apreendidos, que não há nenhuma comprovação de inidoneidade dos mesmos. Alega, ainda, que diversas mercadorias que serviram de cobrança do imposto no presente processo, já estavam com sua fase de tributação encerrada, em razão do pagamento antecipado do ICMS. Questiona também a base de cálculo adotada pelo autuante, dizendo que o

mesmo não poderia ter tomado como base o preço de venda. Argumenta que após o dia 07/12/01, o estabelecimento voltou a funcionar normalmente, sob a direção do Sr. Osmar Francisco de Oliveira, prosseguindo com as vendas normais, daquelas mercadorias arroladas na autuação. Entende que, dessa forma, as referidas mercadorias acabaram por ter suas saídas normalmente tributadas, e que sendo assim nenhum prejuízo sofreu o Estado. Faz juntada aos autos do movimento de venda durante o período de 07/12 a 31/12/01, anexando cópias de diversos cupons fiscais, visando demonstrar sua alegação. Cita o Acórdão no. 0590/00 do CONSEF, dizendo que o mencionado Conselho vem decidindo, no caso de haver continuidade das atividades do estabelecimento, pela não incidência do ICMS sobre o estoque final. Ao final, reafirmando que não houve encerramento de atividade, que a inscrição estadual se manteve normal, que não ficou demonstrado porque as notas fiscais foram consideradas inidôneas, que a autuação exigiu ICMS de mercadorias que já estavam com sua fase de tributação encerrada, e que todas as mercadorias relacionadas tiveram suas saídas normais via ECF, pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em informação fiscal às fls. 69 a 71, se manifesta da seguinte forma:

“A ação fiscal foi provocada por denúncia policial de que o estabelecimento autuado estava servindo de depósito para cargas roubadas e prática de outras contravenções. O detentor das mercadorias, Sr. Arnaldo Pestana da Cruz, apresentou-se como administrador do estabelecimento pois os proprietários, Altair César de Andrade e Efstratios Panzani Junior foram presos pela Polícia devido aos fatos relatados acima. Foi mostrado à fiscalização da Sefaz-Ba um contrato no qual o Sr. Altair teria comprado ao Sr. Osmar Francisco a filial da empresa Comercial De Alimentos Osmar Ltda situada naquele endereço. Seguindo o que determina o inciso V do artigo 39 do Ricms-Ba/97, foi lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 100899 em nome do Sr. Arnaldo na qualidade de responsável solidário pelo pagamento do ICMS incidente sobre as operações com as mercadorias apreendidas, já que o mesmo era o detentor destas. Este procedimento foi confirmado pelo próprio defendente através de seu procurador, em sua peça de defesa anexada ao PAF. Na pág. 31 do PAF informa que o estabelecimento autuado estava sob a condução dos Srs. Altair e Efstratios até a data da ação fiscal em 22/11/2001. Também na pág. 43 do PAF, conforme cópia anexada do pedido de Liminar de Ação de Interdito Proibitório do Sr. Osmar Francisco de Oliveira contra os Srs. Altair e Efstratios, o primeiro declara que firmou Contrato Particular de Compra e Venda de Estabelecimento Comercial com o Sr. Altair, válido a partir de Junho/2001, para exploração de 2 estabelecimentos comerciais, entre os quais está o estabelecimento autuado, na Av. Suburbana s/n, inclusive o estoque e o fundo de comércio em geral. Na pág 44 do PAF, cópia da Liminar, está escrito que o Sr. Altair assumiria os débitos tributários das empresas que adquiria e na pág. 45 é citado que pelo Contrato o Sr. Osmar comprometeu-se a providenciar a baixa das inscrições das filiais no CAD-ICMS até 30 dias após a data de assinatura do Contrato, assim como o Sr. Altair deveria providenciar novas inscrições para os estabelecimentos, já com outras razões sociais e CNPJ, ocorrendo assim a transferência de qualquer responsabilidade, inclusive de natureza fiscal e tributária, para as novas empresas do Sr. Altair. Na mesma pág 45 do PAF o Sr. Osmar admite que a nova empresa do Sr. Altair passou a funcionar, mesmo que clandestinamente e utilizando-se indevidamente do CNPJ, e conseqüentemente da inscrição no CAD-ICMS, da empresa filial da Coml. De Alimentos Osmar Ltda. Cita também que a empresa clandestina usava sem sua autorização os dados cadastrais de sua filial para emitir pedidos de compra, adquirir mercadorias e emitir cupons fiscais, obviamente fraudulentos. Apesar de não ter cumprido a cláusula do Contrato que determina a providencia de efetuar a baixa da inscrição no CAD-ICMS da empresa filial, pois até 23/11/2001 a empresa estava ativa conforme consta no extrato do Sidat anexo a pág. 09 do PAF, ainda assim está demonstrado o fato de que no local já funcionava uma outra

empresa não mais pertencente ao Sr. Osmar . Conforme consta na cópia da Liminar, na pág. 46 do PAF, o Sr. Osmar admite que a empresa autuada na data da ação fiscal era administrada pelo Sr. Altair mas engana-se ao afirmar que por ter ficado sua empresa Comercial de Alimentos Osmar Ltda. situada em Candeias, I.E. 52465260, como depositária das mercadorias apreendidas, passou a ser proprietário destas mercadorias podendo vendê-las e autorizado pela Sefaz-Ba a administrar o estabelecimento autuado . Na verdade, ao ficar como depositária das mercadorias apreendidas, a sua empresa situada na cidade de Candeias assumiu apenas a responsabilidade pela guarda das mesmas. Por tudo que foi mencionado fica comprovado que o estabelecimento autuado não possuía inscrição no CAD-ICMS na data da ação fiscal, pois não mais pertencia à Comercial de Alimentos Osmar Ltda. com I.E. 54444621 .

As mercadorias apreendidas correspondem às listadas na Relação de Inventários anexa ao Termo de Apreensão com total de valor a Preço de Venda a Consumidor em R\$ 162.971,32 sendo que o preço total de aquisição, custo, era de R\$ 121.136,07. As 58 notas fiscais apresentadas à fiscalização como correspondentes aos produtos tem como destinatários as empresas Lemad Com. Varejista de Mercadorias em Geral Ltda situada na Boca do Rio e com I.E. 47681653 cancelada desde 11/03/1999, a empresa Nosso Comércio de Alimentos Ltda. situada na Liberdade com I.E. 44124131 baixada desde 03/05/2000 e apenas 2 notas fiscais destinadas a empresa Coml. de Alimentos Osmar Ltda com I.E. 54444621 (vide extratos do Sidat anexos) . A soma dos totais destas 58 notas fiscais chega ao valor de apenas R\$ 36.008,39. Por tudo isto fica comprovado que estas notas fiscais não poderiam ser consideradas como idôneas e correspondentes às mercadorias apreendidas em local diverso ao de destino delas, visto inclusive as recomendações dos incisos IV, V e VI do artigo 209 do Ricms-Ba/97.

Como as notas fiscais apresentadas são comprovadamente inidôneas, conforme os motivos descritos acima, não há como considerar que os produtos apreendidos, que por sua espécie estejam enquadrados na antecipação tributária, já estejam com sua tributação pelo ICMS encerrada, pois estão na mesma situação que produtos desacompanhados de documentação fiscal e, portanto, não incidiu ainda qualquer tributação do ICMS, sobre seus valores. A retificar no valor encontrado da base de cálculo deste PAF, seria a retirada dos valores correspondentes aos itens 53 , 55 , 56 , 57 e 62 da pág. 1 do Registro de Inventário Gerencial, por serem referentes a produtos isentos da tributação pelo ICMS .

Iniciada a ação fiscal com a lavratura do T.A. nº 100899 em 22/11/2001 não pode mais querer o autuado ou qualquer outro interessado regularizar a situação das mercadorias apreendidas pois, não existe mais a espontaneidade por parte do contribuinte. A Comercial de Alimentos Osmar Ltda. com I.E. 52465260 sediada em Candeias apenas ficou como depositária das mercadorias apreendidas , ficando estas sob sua guarda e responsabilidade , mas isto não autoriza a empresa a comercializar as mesmas pois não houve a transferência da propriedade das mercadorias apreendidas com autorização da Sefaz-Ba. A alegação do defendente de que posteriormente à ação fiscal comercializou os produtos apreendidos e recolheu o ICMS incidente sobre as operações com estes não exonera o autuado do pagamento do ICMS referente ao presente PAF. Não há como a Sefaz-Ba determinar sobre quais produtos, os apreendidos ou outros adquiridos posteriormente, houve a incidência do ICMS na sua venda.

O A I. nº 207096.0023/01-3 lavrado coincidentemente também em 19/12/2001 contra a empresa Comercial de Alimentos Osmar Ltda. com I.E. 54444621, refere-se a falta de recolhimento do ICMS incidente sobre operações de vendas feitas anteriormente a ação fiscal que gerou o presente PAF. As vendas efetuadas após a ação fiscal também não importam pois, como já foi citado acima, as mercadorias apreendidas não foram em momento algum autorizadas pela Sefaz-Ba a serem comercializadas gerando ICMS a recolher.

Por tudo que foi exposto, considero ter demonstrado a regularidade dos procedimentos adotados na lavratura do Auto de Infração nº 916834-6 não cabendo acolhimento às argumentações do defendente, havendo apenas a retificar o valor da base de cálculo conforme mencionei anteriormente.”

VOTO

O presente processo exige ICMS, sob alegação de que foram encontradas em estabelecimento que não possuía inscrição estadual, diversas mercadorias desacobertas de notas fiscais idôneas.

O impugnante alega que não houve encerramento de atividade, que sua inscrição estadual se manteve normal durante todo o período, que não ficou demonstrado nos autos porque as notas fiscais foram consideradas inidôneas, que a autuação exigiu ICMS de mercadorias que já estavam com sua fase de tributação encerrada, e que todas as mercadorias relacionadas, posteriormente tiveram saídas normais, via ECF, com tributação.

No entanto, da análise dos elementos constitutivos do PAF, chego as seguintes conclusões:

As mercadorias apreendidas correspondem às listadas na Relação de Inventários anexa ao Termo de Apreensão com total de valor a Preço de Venda a Consumidor em R\$ 162.971,32 sendo que o preço total de aquisição, custo, era de R\$ 121.136,07. As 58 notas fiscais apresentadas à fiscalização como correspondentes aos referidos produtos tem como destinatários as empresas Lemad Com. Varejista de Mercadorias em Geral Ltda situada na Boca do Rio e com I.E. 47681653 cancelada desde 11/03/1999, a empresa Nosso Comércio de Alimentos Ltda. situada na Liberdade com I.E. 44124131 baixada desde 03/05/2000 e apenas 2 notas fiscais destinadas a empresa Coml. de Alimentos Osmar Ltda com I.E. 54.444.621 (conforme extratos do SIDAT anexos). Deve se acrescentar que a soma dos totais destas 58 notas fiscais chega ao valor de apenas R\$ 36.008,39. Por tudo isto, entendo que fica evidenciado que tais notas fiscais, a exceção das duas notas fiscais destinadas a Comercial de Alimentos Osmar Ltda, não podem ser consideradas como idôneas, já que destinadas a contribuintes com inscrição cancelada ou baixada, e com endereços diversos daquele onde ocorreu a apreensão das mercadorias objeto da autuação, e com base no que prevê o art. 209, incisos IV, V e VI, do RICMS/97.

Quanto às duas notas fiscais destinadas à Comercial de Alimentos Osmar Ltda, não há como vincular as mercadorias nelas constantes com as que foram objeto de apreensão.

Portanto, como as notas fiscais apresentadas são comprovadamente inidôneas, conforme os motivos descritos acima, não há também como considerar que os produtos apreendidos, que por sua espécie estejam enquadrados na antecipação tributária, já estejam com sua tributação pelo ICMS encerrada, pois nessa circunstância tais mercadorias recebem o mesmo tratamento dos produtos desacompanhados de documentação fiscal, ou seja, considera-se que ainda não foram objeto de tributação pelo ICMS. Todavia, deve ser abatido da presente exigência os valores correspondentes aos itens 53 , 55 , 56 , 57 e 62 da pág. 1 do Registro de Inventário Gerencial do autuado (fl. 07 e verso), por serem referentes a produtos isentos de tributação do ICMS.

Vale ainda ressaltar, que conforme bem frisou o autuante, iniciada a ação fiscal com a lavratura do T.A. nº 100899 em 22/11/2001 não pode mais querer o autuado ou qualquer outro interessado regularizar a situação das mercadorias apreendidas, pois não existe mais a espontaneidade por parte do contribuinte. A Comercial de Alimentos Osmar Ltda com I.E. 52465260 sediada em Candeias apenas ficou como depositária das mercadorias apreendidas, estando as mesmas sob sua guarda e responsabilidade, porém isto não autoriza a empresa a comercializar as mesmas. Logo, a alegação do defendente de que posteriormente a ação fiscal comercializou os produtos apreendidos e recolheu o ICMS incidente sobre as operações, não o exonera do pagamento do imposto exigido no presente PAF. Ademais, não há como se determinar sobre quais produtos, os apreendidos ou outros adquiridos posteriormente, houve a incidência do ICMS na sua venda.

Por fim, devo registrar que a base de cálculo foi corretamente adotada pelo autuante, de acordo com o preço de venda estabelecido pelo próprio contribuinte, e consoante o art. 938, V, “b”, item 2, do RICMS/97.

Do exposto, entendendo que o fato do contribuinte estar ou não normalmente inscrito no cadastro da SEFAZ, não modificaria o fato de ter sido flagrado detendo mercadorias desacobertas de documentação fiscal idônea, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em virtude das exclusões acima mencionadas, ficando o valor a ser exigido reduzido para R\$ 26.026,17.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **000.916.834-6/01**, lavrado contra **ARNALDO PESTANA DA CRUZ**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 26.026,17**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA