

A. I. N° - 928036-7/04
AUTUADO - LÍVIA OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO
AUTUANTE - ANTÔNIO ANÍBAL BASTOS TINOCO
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 28.10.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0393-02/04

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. ESTABELECIMENTO NÃO INSCRITO. MERCADORIAS SEM NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. O autuado comprova a regularidade de parte das mercadorias apreendidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/3/04, diz respeito ao lançamento de ICMS relativo a mercadorias encontradas em depósito clandestino de contribuinte, desacompanhadas de Notas Fiscais. Imposto lançado: R\$ 62.705,35. Multa: 100%.

O autuado apresentou defesa falando da natureza da obrigação tributária. Diz não admitir a acusação de que o estabelecimento fosse clandestino, haja vista que já havia solicitado sua inscrição no cadastro estadual antes da ação fiscal, somente não tendo sido materializada a inscrição porque o preposto fiscal não encontrou o estabelecimento, mas isso é fato alheio à vontade do contribuinte, pois o imóvel sempre existiu no mesmo local indicado. Alega que todas as mercadorias encontradas pelo autuante estavam acobertadas por documentação fiscal idônea, devidamente registrada nas escritas fiscal e contábil. Apega-se ao princípio da legalidade. Acusa o fisco de agir com abuso ou excesso de poder. Apela para o princípio da razoabilidade. Comenta o critério da discricionariedade. Conclui frisando que a fazenda pública estadual não pode condenar a empresa sem que antes se faça extrair de sua contabilidade a verdade real dos fatos. Pede que se declare a improcedência do Auto de Infração ou que, na pior das hipóteses, seja aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, ressaltando, contudo, que nem isto ocorreu neste caso.

O fiscal autuante prestou informação explicando como foi feita a visita ao estabelecimento, como foi contado o estoque e como foi feita a autuação, tendo em vista que o estabelecimento não era inscrito no cadastro estadual de contribuintes. Diz que as Notas Fiscais que lhe foram exibidas na ocasião eram destinadas a outro endereço, Notas estas que o autuado “teima” em apresentar na defesa. Aduz que o contribuinte, além da apresentação das aludidas Notas Fiscais, pede a improcedência do Auto de Infração alegando, dentre outras coisas, que a fiscalização estaria contrariando a legislação, ao confundir os institutos da obrigação principal e da acessória, mas a defesa se confundiu na sua assertiva, pois quem contrariou a legislação foi a empresa, por adquirir mercadorias tributadas e estocá-las em endereço diverso do indicado no documento fiscal, não inscrito. Observa que os documentos apresentados não correspondem, com precisão, às mercadorias apreendidas. Opina pela manutenção do lançamento.

VOTO VENCIDO

O lançamento em discussão diz respeito a ICMS relativo a mercadorias encontradas em estoque desacompanhadas de Notas Fiscais, em estabelecimento clandestino.

O lançamento tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação (leis, regulamentos, portarias, instruções, rotinas administrativas, etc.).

No caso em exame, o fiscal realizou um levantamento das quantidades físicas das mercadorias e efetuou a sua apreensão, lavrando o devido Termo e Apreensão. Incorreu, contudo, num equívoco que vicia de modo irremediável o procedimento, haja vista que, em vez de a autuação ser feita em nome do detentor das mercadorias, no local onde se encontravam, foi efetuada em nome de terceira pessoa, a qual se encontrava regularmente inscrita no cadastro estadual.

Note-se que, no campo reservado à descrição do fato, no Auto de Infração, consta que o imposto em questão se refere a mercadorias encontradas num estabelecimento situado na Travessa ACM, nº 12, na cidade de Tanque Novo. Os dados lançados no Auto de Infração coincidem com os consignados no Termo de Apreensão. Aliás, o erro já começou com a lavratura do Termo de Apreensão, que foi lavrado em nome de contribuinte estabelecido na Praça da Matriz, nº 385, sendo que as mercadorias apreendidas se encontravam noutro local, na Travessa Antônio Carlos Magalhães, nº 12. O art. 47, II, do RICMS/97 estabelece como local da operação, para efeito de “definição do estabelecimento responsável”, quando a mercadoria estiver em situação irregular, “o do lugar onde se encontre a mercadoria ou bem”.

Resumindo, conforme consta no Termo de Apreensão, o detentor das mercadorias era o Sr. Dulcídio Wilson Souza Santana, a Declaração de Estoque (fl. 4) foi assinada por Mário de Jesus Pereira, e as mercadorias se encontravam num estabelecimento na Travessa ACM, nº 12, na cidade de Tanque Novo. Ocorre que, em vez de ser autuado o detentor das mercadorias em situação irregular, o Termo de Apreensão e o Auto de Infração foram lavrados em nome de Livia Oliveira Carneiro Cardoso, pessoa esta que, ao contrário do que acusa o Auto de Infração, se encontrava regularmente inscrita no cadastro estadual sob o nº 48810090, estabelecida na Praça da Matriz, nº 385, local inteiramente diverso daquele em que foram encontradas as mercadorias.

Não pode a infração ser cometida por uma pessoa e a imputação recair sobre terceiro.

É flagrante a ilegitimidade do autuado para figurar no pólo passivo da relação jurídica neste caso.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, IV, “b”, do RPAF/99.

VOTO VENCEDOR

Com a devida vênia, discordo do voto prolatado pelo Relator, no sentido de que há ilegitimidade passiva na autuação em comento.

Desde a descrição dos fatos, percebo a nitidez e clareza do lançamento, quando o autuante relata “mercadorias elencadas no TAMD 065487, anexo, encontradas estocadas em depósito clandestino do contribuinte, situado à Trav. ACM, 12, na Cidade de Tanque Novo, desacompanhadas das notas fiscais exigíveis”.

Consta na declaração de Estoque de fl. 04, como titular das mercadorias Livia Oliveira Carneiro Cardoso, com endereço na travessa Antonio Carlos Magalhães, 12, Tanque Novo, inscrita no CGC sob nº 02547044/0002-42, sendo que a contagem física foi acompanhada pelo preposto Sr. Mário de Jesus Pereira, que inclusive assinou a Declaração de Estoque.

Não obstante as mercadorias terem sido encontradas no endereço constante na Declaração de Estoque, um estabelecimento clandestino, este pertence à impugnante do Auto de Infração, LÍVIA

OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Praça da Matriz, 385, em Tanque Novo, inscrita no cadastro do ICMS sob nº 48810090 e CGC nº 02547044/0001-61.

Esta conclusão é percebida através da leitura da peça de defesa, em que o autuado, em nenhum momento, nega que as mercadorias encontradas no depósito não lhe pertencem, mas ao contrário, afirma que:

“A autuada sentindo que o espaço físico da sede era insuficiente para armazenar e estocar as mercadorias do estabelecimento, requereu junto a Junta Comercial do Estado da Bahia, registro para depósito de mercadorias próprias, cujo ato foi registrado naquele Órgão em 25 de abril de 2002, sob o nº JUCEB – 29900689158, consoante comprova o documento incluso.

Feito o registro na JUCEB, dirigiu-se a Secretaria da Fazenda deste estado, e, nos termos da legislação aplicável solicitou o devido registro, processo nº 16634520028, que lamentavelmente foi indeferido, cujo teor do despacho, vale citar, ainda que resumidamente, “verbis”:

“Sr Inspetor,

“ Atendendo ao disposto na legislação, foram analisados os documentos apresentados no referido processo e constatado que atendem ao prescrito no RICMS-BA/97, no que diz respeito a condição normal, DEPÓSITO FECHADO. Porém, ao efetuar a diligência no Município de Tanque Novo, com a finalidade de fazer a vistoria in loco do imóvel, NÃO FOI LOCALIZADA A TRAVESSA ANTÔNIO CARLOS MAGALHÃES, embora o croqui conste que o mencionado logradouro fosse uma transversal da conhecida Avenida Antonio Carlos Magalhães. (G.N)....”

“....Diante do exposto, sugerimos pelo indeferimento, em razão de não termos localizado o estabelecimento.”

O autuado ressalta o animus em legalizar o depósito fechado, situado na Travessa Antonio Carlos Magalhães, 12, Tanque Novo, Bahia, que até a data da autuação não tinha inscrição no cadastro estadual, por motivos alheios à sua vontade.

Deste modo, o autuado além de reconhecer que as mercadorias encontradas no depósito sem inscrição estadual lhe pertencem, ainda faz a juntada de algumas notas fiscais, com destinatário LÍVIA DE OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO, sito à Rua da Matriz, 385, inscrição estadual nº 48.810.090 NO, para comprovar que as mercadorias estocadas estavam acobertadas por documentação fiscal idônea.

Entendo que, após o autuado ter assumido que as mercadorias lhe pertencem, cabe verificar se as mercadorias constantes das notas fiscais, juntadas na defesa, são as mesmas encontradas no depósito clandestino, cabendo observar a data de fabricação dos produtos apreendidos.

Verifico que das mercadorias apreendidas, abaixo relacionadas, algumas também constam nas notas fiscais apresentadas, como segue:

Mercadoria	Marca	Unidade	Quantidade	Valor	Observação	Nota fiscal/Quantidade
Óleo de soja	Primor 20x900	Caixa	474	25.340,00	Fab.01/03/04	A nota fiscal de nº 404295, foi emitida em 07/02/04, antes da data de fabricação. NF 406.798/300 caixas

Óleo de soja	Soya 20x 900	Caixa	1.512	80.832,00	Fab. 26/02/04	NF 404.295/400 caixas NF 406.798/500 caixas
Farinha de Trigo	Suprema 50 x 1	Saco	238	15.708,00		NF 000.004/300 sacos
Farinha de Trigo	Record 50 x 1	Saco	153	9.930,00	V= 05/04	NF 357.701/300 sacos
Açúcar Cristal	Goiasa	Saco	66	1.650,00	Fab. 19/06/03	
Açúcar cristal	Caetés	Saco	8.409	210.225,00		NF 113.716/60 sacos NF 113.715/540 sacos
Açúcar Cristal	Caetés 15x2	Fardo	480	8.400,00	Fab. 28/02/04	NF 067313/800 fardos emitida em 26/02/2004 NF 067314/200 fardos emitida em 26/02/2004.
Sabonete	Holos 09x 12 90 gramas	Caixa	45	1.710,00		
Bicarbonato de amônia	Rhodia 25 Ks	Saco	281	11.633,00		024465, fl. 43 – 8.000 Kgs.
Fécula de mandioca	Amafil 25 Kgs	Fardo	149	3.427,00		

Assim, tendo em vista as notas fiscais apresentadas, de emissão anterior à data de fabricação dos produtos apreendidos, deve remanescer os seguintes itens da autuação:

Produto	Marca	Unidade	Quantidade	Valor (base de cálculo do ICMS)
Óleo de soja	Primor 20 x 900	Caixa	174	9.302,04
Óleo de soja	Soya 20x900	Caixa	612	32.717,52
Farinha de trigo	Suprema	Saco	0	0
Farinha de trigo	Record	Saco	0	0
Açúcar Cristal	Goiasa	Saco	66	1.650,00
Açúcar Cristal	Caetés	Saco	7.809	195.225,00
Açúcar Cristal	Caetés	Fardo	480	8.400,00
Sabonete	Holos	Caixa	45	1.710,00
Bicarbonato de Amônia	Rhodia 25 Kgs	Caixa	0	0
Fécula de mandioca	Amafil 25 kgs	Fardo	149	3.427,00
Total				252.431,56

Portanto, a base de cálculo dos produtos apreendidos sem documentação fiscal perfaz o total de R\$ 252.431,56 e o ICMS de R\$ 42.913,36.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **928036-7/04**, lavrado contra **LÍVIA OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$ 42.913,36**, acrescido da multa de 100%, prevista no art.42, IV, “I”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR