

PROCESSO - A. I. Nº 928036-7/04
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e LÍVIA OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO
RECORRIDOS - LÍVIA OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0393-02/04
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 24/02/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0011-12/05

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. No Recurso Voluntário foi trazida nova comprovação da regularidade de parte das mercadorias apreendidas. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0393-02/04 da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela procedência em parte do Auto de Infração em epígrafe, e de Recurso de Ofício em razão de o julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito exigido no lançamento, consoante determina o art. 169, I, “a”, “2”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 10/3/04, exige ICMS, no valor R\$ 62.705,35, referente a mercadorias encontradas em depósito clandestino de contribuinte, desacompanhadas de notas fiscais.

O autuado apresentou defesa e, inicialmente, discorreu sobre a natureza da obrigação tributária. Diz que o estabelecimento onde as mercadorias foram encontradas não era clandestino, pois havia solicitado sua inscrição no cadastro estadual antes da ação fiscal. Explica que a inscrição cadastral não foi efetivada 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 apreendidas estavam acompanhadas de notas fiscais idôneas, registradas nos livros fiscais e contábeis. Invoca os princípios da legalidade, da razoabilidade e da verdade material. Acusa o fisco de agir com abuso ou excesso de poder e tece considerações sobre o critério da discricionariedade. Solicita a improcedência do Auto de Infração ou que, na pior das hipóteses, seja aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória.

Na informação fiscal, o autuante diz que as notas fiscais exibidas durante a ação fiscal eram destinadas a outro endereço. Frisa que os documentos fiscais apresentados na defesa não correspondem, com precisão, às mercadorias apreendidas. Opina pela manutenção do lançamento.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0393-02/04, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em Decisão não unânime, julgou o Auto de Infração procedente em parte, tendo sido vencido o voto do relator.

Em seu voto vencido, o relator do processo, Dr. José Bezerra Lima Irmão, votou pela nulidade do Auto de Infração e fundamentou a sua Decisão da seguinte forma:

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.

A Decisão do ilustre relator foi vencida pelo voto proferido pela Dra. Teresa Cristina Dias Carvalho, cujo teor transcrevo a seguir:

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:

“O autuado 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.

[...]

Prosseguindo em seu voto, a ilustre relatora exclui da base de cálculo do imposto as parcelas referentes às mercadorias que estavam acompanhadas de notas fiscais. Foram acatadas as notas fiscais apresentadas pela defesa, cujas datadas de fabricação dos produtos eram compatíveis com as mercadorias apreendidas, conforme demonstrativos elaborados pela relatora. Ao finalizar, o voto vencedor e concluído da seguinte forma:

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.

Considerando o valor da desoneração do sujeito passivo, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da sua Decisão, nos termos do art. 169, I, “a”, “2”, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o autuado apresentou o Recurso tempestivo de fls. 80 a 85, intitulado de “Recurso de Reconsideração”, onde alega que o Acórdão JJE Nº 0393-02/04 contém contradições e obscuridades que violam o princípio da legalidade.

Após transcrever trecho do voto vencedor, o recorrente ressalta que o depósito onde as foram apreendidas não é clandestino. Diz que o registro [inscrição cadastral] foi negado diversas vezes sem qualquer justificativa plausível. Diz que nada tem a esconder do fisco, que só está querendo uma oportunidade para provar a sua inocência e que, no caso em tela, será necessária a aplicação do princípio da razoabilidade.

Ressalta que o documento de fl. 4 demonstra que a mercadoria “Açúcar Cristal Caetés em fardos” foi fabricada em 26/02/04, data que coincide com a de emissão das Notas Fiscais nºs 67313 e 67314. Quanto às demais mercadorias, o recorrente invoca o princípio da inocência e afirma que está anexando aos autos documentos que comprovam a origem das seguintes mercadorias: “Óleo de soja Primor 20 x 900; Óleo de soja Soya 20 x 900; Farinha de trigo Suprema; Farinha de trigo Record; Açúcar cristal Goiás; sabonete Holos; Bicarbonato de amônia Rhodia 25 kg e Fécula de mandioca Amafil 25 kg.”

Frisa que não agiu de forma dolosa, com má-fé ou com simulação. Diz que todas as obrigações tributárias de sua competência foram cumpridas de acordo com a legislação tributária vigente. Para embasar suas alegações, transcreve farta doutrina. Ao finalizar, solicita a reforma da Decisão recorrida, para julgar improcedente o Auto de Infração. Protesta por todos os meios de provas admitidos em Direito.

Em 25/11/04, o recorrente anexou, às fls. 93 a 97, fotocópias autenticadas das páginas 16 e 19 do livro Registro de Inventário nº 01, para comprovar a existência, nos estoques do estabelecimento do autuado, de 13.547 sacas de açúcar cristal Caetés, de 522 fardos de fécula de mandioca e de 523 dúzias de sabonete Holos. Também juntou fotocópia autenticada da Nota Fiscal nº 345.599, emitida pela Bunge Alimentos S/A em fevereiro de 2003, com 800 caixas de óleo de soja Soya 20 x 900 ml. Salienta que não foi observada pela Junta de Julgamento a data de fabricação do produto Óleo de soja Primor, lote 02/04, constante na Nota Fiscal nº 404.995, da empresa Bunge Alimentos, cuja fotocópia acostou aos autos.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer de fl. 101, alega que os argumentos recursais são os mesmos apresentados na defesa e já foram devidamente analisados no julgamento de Primeira Instância. Opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Inicialmente, ressalto que o Recurso apresentado pelo recorrente a título de “Recurso de Reconsideração” não é cabível para a situação em tela, uma vez que não ocorreu a situação descrita no art. 169, I, “d”, do RPAF/99, de forma que fosse cabível essa espécie recursal. Dessa forma, com fulcro no princípio da fungibilidade dos recursos, passo a considerar o Recurso interposto como sendo um Recurso Voluntário, o qual é cabível para o caso em lide, conforme dispõe o art. 169, I, “b”, do mesmo Regulamento.

Apreciando o Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente, constato que na época da ação fiscal o estabelecimento onde as mercadorias estavam estocadas não se encontrava ainda inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS). Nessa situação, de acordo com o art. 191 do RICMS-BA/97, o estabelecimento em questão era considerado como clandestino, ficando sujeito às penalidades previstas na legislação tributária estadual e, inclusive, à apreensão das mercadorias nele estocadas.

O fato de o recorrente ter solicitado a inscrição cadastral anteriormente não elide a acusação que lhe está sendo imputada, pois, nos termos do art. 150 do RICMS-BA, o contribuinte deverá se inscrever antes de iniciar as suas atividades. Somente com o deferimento do pedido de inscrição, o estabelecimento poderia ser utilizado para o fim a que se destinava (servir como depósito fechado). A razão do indeferimento do pedido de inscrição está explicitada e devidamente fundamentada no documento de fl. 38, tendo sido o recorrente cientificado do indeferimento. O recorrente tinha que seguir os trâmites legais previstos, não poderia a seu bel-prazer iniciar as suas atividades antes de ser autorizado pela SEFAZ. Ao deixar de agir como prevê a legislação, o recorrente ficou sujeito às penalidades previstas na legislação tributária estadual.

Quanto às notas fiscais que foram apresentadas ao autuante no momento da ação fiscal, bem como na defesa interposta, entendo que as mesmas devem ser acatadas apenas quando as mercadorias ali consignadas se correlacionam com as apreendidas. Nessa situação, as notas físicas são idôneas e comprovam que as mercadorias nelas descritas foram adquiridas pelo autuado, isso é, pelo estabelecimento que possuía a Inscrição Estadual nº 48.810.090.

Quanto às Notas Fiscais nºs 67313 e 67314, as mesmas comprovam a origem dos 480 fardos de “Açúcar Cristal Caetés”, pois, conforme o documento de fl. 4, a mercadoria em questão foi fabricada no dia 26/02/2004, portanto, numa data compatível com a de emissão dos citados documentos fiscais (26/02/04). Dessa forma, devem ser deduzidos R\$ 8.400,00 da base de cálculo do imposto, conforme demonstrado mais adiante.

Relativamente à Nota Fiscal nº 345.599, emitida pela Bunge Alimentos S/A em fevereiro de 2003, com 800 caixas de óleo de soja Soya 20 x 900 ml, o pleito recursal não pode ser acatado, pois o documento fiscal apresentado foi emitido em 11/12/03, ao passo que a mercadoria apreendida só foi fabricada no ano seguinte (26/02/04).

No que tange à Nota Fiscal nº 404.995, emitida pela Bunge Alimentos S/A, referente ao óleo de soja Primor, lote 02/04, o argumento recursal também não pode ser aceito, uma vez que a mercadoria apreendida foi fabricada em 01/03/04, enquanto a nota fiscal data de 07/02/04. Além disso, examinando o demonstrativo de fl. 4, constata-se que a nota fiscal apresentada pelo recorrente pertence ao lote 02/04, enquanto a apreendida era do lote 03/04.

Sobre as mercadorias existentes em estoques em 31/12/2003 (açúcar cristal, sabonete e fécula de mandioca), entendo que a prova apresentada pelo recorrente não elide a acusação, pois as mercadorias consignadas no livro Registro de Inventário não podem ser correlacionadas com as apreendidas. Ademais, o documento hábil para provar a origem das mercadorias eram as notas fiscais, as quais deveriam acompanhar as mercadorias no momento da apreensão, uma vez que o trânsito irregular de mercadorias não se corrige com a ulterior apresentação do documento fiscal, nos termos do § 5º do art. 911 do RICMS-BA.

Dessa forma, deve ser deduzido da base de cálculo o valor correspondente aos 480 fardos de Açúcar Cristal Caetés, conforme demonstrado a seguir:

Base de cálculo apurada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal	R\$ 252.431,56
(-) valor correspondente a 480 fardos de Açúcar Cristal Caetés	R\$ 8.400,00
= Base de cálculo retificada	R\$ 244.031,56

Portanto, após as devidas correções, a base de cálculo dos produtos apreendidos sem documentação fiscal totaliza R\$ 244.031,56, e o ICMS devido corresponde a R\$ 41.485,36.

Em face do comentado, considero que a Decisão Recorrida está correta, devendo ser retificado o valor do imposto devido para R\$ 41.485,36, em razão da exclusão das mercadorias (açúcar cristal Caetés em fardos) cuja origem foi comprovada pelo recorrente.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

Relativamente ao Recurso de Ofício, entendo que a Decisão recorria está correta, pois a infração está caracterizada e, coerentemente, foram excluídas do Auto de Infração as mercadorias que estavam acompanhadas de documentação fiscal no momento da apreensão e cuja origem foi comprovada pelo recorrido.

Voto, assim, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 09280367/04, lavrado contra **LÍVIA OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$41.485,36**, acrescido da multa de 100%, prevista no art.42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes, José Carlos Barros Rodeiro, César Augusto da Silva Fonseca e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS