

PROCESSO - A. I. Nº 269439.0612/06-2
RECORENTE - GIVALDO CORREIA CARDOSO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0115-03/07
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 03/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0034-12/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTOCAGEM DE MERCADORIA EM DEPÓSITO CLANDESTINO DESACOMPANHADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que o local onde foram encontradas as mercadorias não se encontrava devidamente inscrito no cadastro fazendário e que as mercadorias estavam desacompanhadas de documentos fiscais. Infração caracterizada. Rejeitada a nulidade suscitada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2006 pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$1.304,92, acrescido da multa de 100%, tendo em vista que foi constatado o estoque de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal (Farinha de Trigo) em estabelecimento clandestino, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 116997, à fl. 08.

Foi apresentada defesa tempestiva às fls. 19 a 22, onde o autuado preliminarmente argui ser sócio da empresa Panificadora Pão de Açúcar Ltda que, segundo diz, adquiriu, com Nota Fiscal idônea, os 100 sacos de farinha de trigo objeto da autuação, pelo que o deficiente entende que não poderia figurar no pólo passivo da autuação. Esclarece que as mercadorias estavam no local onde foram apreendidas porque a empresa proprietária estava em reforma de suas instalações, com a troca do piso da área de depósito para correção de vazamento no sistema de encanação, vazamento este que poderia ocasionar a perda do estoque de farinha de trigo em poucas horas, pelo que a empresa não teve tempo hábil para tomar a providência de registrar junto à SEFAZ um depósito fechado onde pudesse acondicionar as mercadorias temporariamente. Diz que a farinha de trigo apreendida em 06/01/2006 fora comprada com a Nota Fiscal nº 184883, emitida em 13/12/2005, cópia à fl. 23, adquirida pela empresa Panificadora Pão de Açúcar Ltda à empresa BUAIZ SA- Indústria e Comércio. Assinala a coincidência da descrição da mercadoria como “100 sacos de farinha de trigo semolada Regina”, entre o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, à fl. 08, e a Nota Fiscal nº 184883, à fl. 23, afirmando tratar-se da mesma mercadoria. Expõe que a mercadoria objeto do Auto de Infração teve seu imposto retido pelo sistema de substituição tributária, tendo sido o imposto pago pela indústria, ou remetente da mercadoria, pelo que seria bitributação e enriquecimento ilícito se cobrar ICMS sobre mercadoria com fase de tributação encerrada. A este respeito, transcreve trecho do Acórdão JJF nº 03223-04/03, onde está dito que não cabe cobrança de ICMS de mercadoria sob regime de substituição tributária, acompanhada de documentação fiscal idônea, com origem conhecida e fase de tributação encerrada. Deduz do trecho citado que decisões anteriores do CONSEF consideraram não pertinente a cobrança de ICMS de mercadorias com fase de tributação encerrada. O autuado afirma ser sócio da empresa Panificadora Pão de Açúcar Ltda, inscrita no CAD-ICMS SEFAZ, e repete que a mesma adquiriu a mercadoria com Nota Fiscal idônea, qual seja, a de nº 184883; que tem origem conhecida, e a nota fiscal foi registrada no livro de Entradas da empresa, além da mercadoria encontrar-se com fase de tributação encerrada. Aduz que anexou a cópia do Acórdão

JJF nº 0149-02/06, que julgou o Auto de Infração anterior nulo, e que naquele cita-se a possibilidade de realização de diligência para que o autuado à época anexasse cópia da Nota Fiscal de nº 184883, documento que o ora autuado traz ao PAF, onde diz constar a mercadoria objeto do lançamento ora impugnado. Conclui pedindo a improcedência da autuação, e anexa cópias da Nota Fiscal nº 184883 à fl. 23, do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos à fl. 24, e do Acórdão JJF nº 0149-02/06, fls. 25 a 27.

A informação fiscal foi prestada pelo Auditor Fiscal Sílvio Chiarot de Souza às fls. 30 a 32, nos termos do art. 127, § 2º, do RPAF/99, na qual esclarece que o Auto de Infração em foco é uma renovação de procedimento recomendada pela 2ª JJF, e reclama imposto sobre mercadorias sujeitas à antecipação tributária desacompanhadas de documentação fiscal, e em estabelecimento clandestino. Cita os dispositivos aplicáveis do RICMS/BA e o exposto no Termo de Apreensão quanto a ter sido encontrado junto às mercadorias um talão de pedido com número de Inscrição Estadual nº 25.771.86, do estabelecimento colocado como fiel depositário. Relata resumo das exposições da impugnação ao lançamento fiscal. A seguir esclarece que o autuado utiliza indevidamente o julgamento da 2ª JJF a seu favor, porquanto ali o lançamento fiscal fora julgado nulo por ilegitimidade passiva, recomendando-se a renovação do procedimento fiscal. Diz que o autuado alega a nulidade do Auto de Infração, por não poder figurar como sujeito passivo da autuação, mas que a mercadoria foi encontrada em depósito de sua responsabilidade, havendo apenas um talão de pedido com a inscrição estadual da empresa da qual é sócio, não sendo possível imputar a pessoa jurídica por mercadoria fora do seu estabelecimento, razão pela qual não procede a arguição de nulidade. Argumenta que o autuado alega o vazamento em seu estabelecimento para ocupar depósito clandestino, mas que decorreram quase vinte dias entre a emissão da Nota Fiscal nº 184.883, em 13/12/2005, e a data da ação fiscal, 06/01/2006, pelo que, segundo o argumento do autuado, a farinha de trigo permanecera este tempo integralmente em poder da empresa. Informa ser admissível que a fiscalização do extremo sul não tenha condições de evitar a entrada de mercadorias vindas do Espírito Santo, através de sua imensa fronteira recortada de desvios. Que, partindo desta premissa, não é pacífico o recolhimento do imposto devido por substituição tributária, quando a operação pode ter se dado sem documento fiscal e entrado irregularmente no Estado. Comenta que “*o certo é o péssimo gerenciamento de estoques do contribuinte, quando compra produtos perecíveis sem dar-lhe destino em vinte dias, ou seu excesso de capital de giro, ou ainda – e mais provável – que esta nota fiscal não corresponde à farinha encontrada no depósito clandestino*”. Conclui dizendo que “*esta política administrativa é inconcebível, principalmente, para uma padaria numa pequena cidade do interior, e que “a lógica depõe contra a defesa.”*”

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“*Apesar de o autuante não ter indicado na Descrição dos fatos, o presente lançamento refere-se a renovação de procedimento fiscal, após ter sido julgado nulo Auto de Infração anterior, sob número 269439.0110/06-7, pelo Acórdão JJF nº 0149-02/06 da 2ª JJF, datado de 04/05/2006, com cópia às fls. 25 a 27. Aquele Auto foi julgado nulo por ilegitimidade passiva visto que, na ocasião, o autuante lavrou o termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos em nome do ora autuado e detentor da mercadoria objeto da autuação, Sr. Givaldo Correia Cardoso, e o Auto de Infração foi lavrado em nome da pessoa jurídica Panificadora Pão de Açúcar Ltda, empresa da qual é sócio o Sr. Givaldo Correia Cardoso. A 2ª JJF recomendou a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, lavrando-se Auto de Infração em nome do detentor das mercadorias em situação irregular.*

Quanto ao argumento de ilegitimidade passiva do autuado, como dito anteriormente, o Acórdão JJF nº 0149-02/06 recomendou a renovação do procedimento fiscal, com a lavratura do Auto de Infração em nome do atual sujeito passivo, posto que em seu poder se encontrava a mercadoria, tendo sido lavrado em seu nome o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos. A recomendação foi cumprida com a lavratura do Auto de Infração em foco. Portanto, não procede a alegação de ilegitimidade passiva, pelo contrário, com a atual

imputação corrige-se erro que ocasionou a nulidade de procedimento fiscal anterior. Assim, o lançamento em tela contém os pressupostos básicos de validade, indicados com precisão o autuado, a natureza da infração, o montante do débito e a forma como foi determinada a base de cálculo. Assinale-se que o autuado não contestou, em qualquer momento, a posse da mercadoria apreendida, tendo inclusive assinado o Termo de Apreensão acostado à fl. 08. Rejeitado o pedido de nulidade suscitado pelo autuado, por não conter, este processo, os motivos elencados no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, verifico que o Auto de Infração aponta como infração a estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado, e desacompanhada de documentação fiscal que comprove a sua origem.

Quanto à alegação defensiva de que se aplica ao caso presente o trecho transscrito do Acórdão JJF nº 03223-04/03, não acato, posto que ali o texto reporta-se a mercadorias sob regime de substituição tributária adquiridas e acompanhadas de Nota Fiscal idônea, mas as mercadorias objeto da autuação foram encontradas em depósito clandestino, estavam desacompanhadas de documentação fiscal, e não há prova nos autos de que a Nota Fiscal nº 184.883, acostada à fl. 23, não apresentada no momento da apreensão das mercadorias, seja de fato nota fiscal atinente à mercadoria objeto do Auto de Infração em análise.

O autuado é sócio da padaria que figura como depositária no Termo de Apreensão à fl. 08, e a atividade comercial que desenvolve depende da compra continuada do material apreendido, farinha de trigo semolada. O fato de haver coincidência de quantidade e de nomenclatura não se constitui em prova de tratar-se da mesma mercadoria, e alia-se a isto o tempo decorrido, de vinte e quatro dias, entre a emissão da referida nota fiscal em 13/12/2006, e a data da apreensão da mercadoria, 06/01/2006, pelo que está patente não se tratar de uma situação emergencial não gerenciável dentro do que preconiza a legislação fiscal em vigor, como alega o impugnante.

Não havendo prova nos autos de que a Nota Fiscal nº 184.883, cuja cópia foi acostada à fl. 23, é a nota fiscal de compra da mercadoria encontrada no depósito clandestino, não há como provar-se o pagamento do ICMS devido por substituição tributária, portanto não se encontra também provado o encerramento da fase de tributação da operação de circulação desta mercadoria, como entendeu o autuado. Trata-se de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, portanto sem comprovação de regularidade no pagamento do imposto devido.

O autuado confessa, em sua impugnação ao lançamento fiscal, a posse da mercadoria em depósito não regular, alegando apenas a transitoriedade emergencial que teria gerado a guarda de mercadoria em local não autorizado.

Observo ainda, em relação à base de cálculo do imposto, que apesar de o autuante ter indicado, no Auto de Infração, que utilizou a pauta fiscal no valor de R\$80,00 por saco de farinha de trigo especial, verifico que efetivamente foi aplicado o valor de R\$76,76 por saco, valor constante na Instrução Normativa nº 23/2005.

Por tudo quanto exposto, está devidamente comprovado que no momento da apreensão das mercadorias as mesmas estavam estocadas em estabelecimento clandestino, e sem qualquer documento fiscal, o que caracteriza a ocorrência da infração apontada na autuação. Confirmada a regularidade do procedimento fiscal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente mantém todas preliminares arguidas, e no mérito, reitera os termos de sua defesa, acrescentado que as mercadorias objeto do auto e da apreensão possuem origem conhecida e documentação idônea, conforme nota fiscal emitida em nome da empresa Panificadora Pão de Açúcar Ltda., inscrita no CPNJ e com inscrição estadual, da qual é sócia a autuada. Diz ainda, que as mercadorias objeto da autuação têm seu imposto retido pelo

sistema de substituição tributária, sendo que o imposto já foi pago pela indústria e/ou remetente das mercadorias. Conclui afirmando que *"Não provou o Acórdão que a nota fiscal juntada ao PAF sob nº 184883, emitida em 13/12/2006, não se refere as mercadorias apreendidas. A prova juntado pelo Autuado e irrefutável"*. Requer a Improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, enfrentando e contestando inicialmente a preliminar de nulidade argüida, sob o fundamento de que a autuação decorreu de recomendação da JJF para renovar procedimento fiscal anterior, julgado nulo por ilegitimidade passiva, em face da divergência dos sujeitos indicados no Auto de Infração e no TAO. Acrescenta que o autuado em nenhum momento contestou o fato de ser o detentor das mercadorias, assinando inclusive o Termo de Apreensão. No mérito, entende que através dos termos de apreensão e ocorrências que instruem o Auto de Infração, verifica-se que a infração fiscal está documentada e comprovada, pois as mercadorias foram encontradas em depósito clandestino desacompanhadas de documentação fiscal, fato não negado pelo autuado. Acrescenta que não há como com provar que a nota fiscal não apresentada no momento da apreensão seja, de fato, aquela atinente à mercadoria objeto da autuação. Tratando-se de mercadorias fungíveis, o fato de haver coincidência de quantidade e nomenclatura não se constitui em prova de tratar-se da mesma mercadoria, aliando-se a isso o tempo decorrido entre a emissão da nota fiscal e a sua apreensão, não se justificando, portanto, a alegação de se tratar de situação emergencial, como alega o impugnante.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida, pois a fundamentação do recorrente não lhe favorece, tendo em vista que a nulidade do Auto de Infração anteriormente emitido, para o mesmo fato gerador, decorreu da incorreção da lavratura do Termo de Apreensão das mercadorias. Rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, evidentemente, como bem ratificou a ilustre procuradora em seu opinativo, não é possível considerar-se idônea a Nota Fiscal apresentada a destempo, primeiramente por se tratar de mercadoria fungível, e também pela extensão temporal entre a data de sua emissão e a da apreensão das mercadorias, tornando-se impossível a caracterização de sua legitimidade.

Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269439.0612/06-2, lavrado contra **GIVALDO CORREIA CARDOSO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$1.304,92**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, "j" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS