

A. I. Nº - 206952.0013/07-5
AUTUADO - ROSEVALDO DOS SANTOS
AUTUANTE - TELMA PIRES CIDADE DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 05. 06. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0185-01/08

EMENTA: ICMS. ESTOCAGEM DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado apresenta levantamento de preços que elidem parcialmente a autuação. Reduzido o valor do imposto originalmente indicado. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a argüição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/02/2007, exige imposto no valor de R\$22.293,24, acrescido da multa de 100%, em decorrência de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia. Consta na descrição dos fatos que as mercadorias estavam desacompanhadas de documentação fiscal, conforme levantamento de estoque no local, Termo de Apreensão nº 143751, com o devido acompanhamento do Sr. Rosevaldo dos Santos, cuja assinatura de concordância encontra-se apostada no formulário Declaração de Estoque (Exercício Aberto) preenchido no ato. A fiscalização se deu por força da Denúncia Fiscal nº 13320/07, sendo anexadas ao Auto de Infração toda documentação arrecadada.

O autuado, às fls. 59 a 99, apresentou defesa assinada conjuntamente com Waked Batista Curi, argüindo, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de flagrante ilegitimidade passiva, considerando que o autuado é apenas funcionário da empresa Ekypcuri Com. de Som e Acessórios Ltda., sendo as mercadorias de propriedade da empresa Waked Batista Curi-ME que, conforme diz, ficará provado pelas notas fiscais anexadas à defesa.

Prosseguindo, pede a extinção do processo sem julgamento do mérito, em razão da falta de interesse processual do autuado, consoante o artigo 122, inciso VI, do RPAF/BA, que transcreve.

Reportando-se aos fatos, afirma que no dia 16/01/2007 o senhor Rosevaldo dos Santos foi surpreendido com a presença dos fiscais no estabelecimento onde funcionava a empresa Waked Batista Curi -ME, inscrita no CAD/ICMS sob o nº 38.549.533-ME. Diz que os fiscais informaram terem recebido denúncia de que no local operava um estabelecimento clandestino, sem inscrição estadual, comparecendo imediatamente o senhor Waked Batista Curi, proprietário da mesma, tão logo foi informado pelo Sr. Rosevaldo dos Santos.

Atribui ao seu contador a informação de que já poderia operar no endereço da autuação, pois este já procedera a alteração cadastral de mudança de endereço de Cruz das Almas para Salvador, podendo utilizar os talonários de notas fiscais que possuía com aposição de carimbo informando o novo endereço. Registra a sua surpresa pela informação prestada pelos autuantes de que a alteração não havia sido realizada e, por consequência, o estabelecimento foi considerado como clandestino, sem inscrição estadual.

Continuando, afirma que em decorrência da irregularidade apontada pelos fiscais foi lavrado o Termo de Apreensão nº 143751, em nome do senhor Rosevaldo dos Santos, ficando como fiel

depositária a empresa Waked Batista Curi-ME, inscrita sob o nº 38.549.533, verdadeira proprietária das mercadorias. Acrescenta que, no referido termo de apreensão constou a intimação para que fossem apresentadas as notas fiscais de aquisição das mercadorias apreendidas, tendo o senhor Waked Batista Curi comparecido no prazo de 48 horas à IFMT-DAT/METRO, apresentando 93 notas fiscais de entrada e 9 talões de notas fiscais de saídas D-1, de 0901 a 1350, conforme Termo de Arrecadação de Livros e Documentos lavrados pelo autuante.

Assevera que, tão logo obteve a confirmação por parte do contador que a alteração não havia sido efetivada, procedeu a imediata alteração do endereço comercial de sua empresa, conforme documentos que anexa, afirmado que a regularização se deu antes mesmo da lavratura do Auto de Infração, demonstrando a sua boa-fé e lisura.

Reportando-se ao que denomina de direito, invoca o CTN, citando e transcrevendo os artigos 142, 114, 115, 116, 113, bem como os artigos 6º, inciso IX e 125 do RICMS/BA, e o artigo 2º, do RPAF/99, para concluir que não ficou configurada a ocorrência do fato gerador do ICMS, sendo nulo o lançamento, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Tece diversas considerações sobre o recolhimento antecipado do imposto referente ao valor do estoque de mercadorias esclarecendo que:

- o senhor Rosevaldo dos Santos não é o proprietário das mercadorias, não possuindo capacidade financeira para pagar, mesmo na condição de responsável tributário;
- o verdadeiro proprietário é o senhor Waked Batista Curi-ME, contribuinte inscrito regularmente, cuja única infração correspondeu à falta de comunicação de alteração de endereço;
- a proprietária das mercadorias é uma microempresa de pequena capacidade contributiva, recolhendo o imposto mensalmente com o valor fixo, não tendo condição financeira de pagar antecipadamente o imposto sobre operações que ainda serão realizadas, além do que representa um tratamento desproporcional entre contribuintes;
- a apreensão das mercadorias impossibilita a realização de vendas resultando na falta de condições de pagar o débito, e sendo as mercadorias levadas a leilão pelo fisco resultará na falência da empresa;
- por não possuir direito a crédito fiscal em decorrência de sua condição de microempresa e sendo o valor do imposto calculado com a aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo arbitrada pelo autuante, resulta em bitributação, já que houve incidência do ICMS nas aquisições, ferindo o princípio da não-cumulatividade do imposto e aumentando o custo da mercadoria;
- a empresa após a mudança de endereço de Cruz das Almas para Salvador, fato não comunicado ao fisco, estava operando normalmente, com emissão de notas fiscais nas vendas que realizava, conforme informado pelo próprio denunciante na Denúncia Fiscal nº 13.320/07, cujo texto transcreve.

Prosseguindo, admite a ocorrência de descumprimento de obrigação acessória, pela falta de comunicação da mudança de endereço do estabelecimento, citando e transcrevendo a legislação do ICMS que trata da matéria, para dizer que ficou sujeito à cobrança da multa prevista no artigo 42, inciso XV, alínea “g”, da Lei nº. 7.014/96 que também reproduz.

Continuando, insurge-se contra a base de cálculo arbitrada pelo autuante, afirmado que este não indica de onde extraiu os valores, muito menos anexa cópia das notas fiscais de outros contribuintes que efetuam vendas de produtos iguais ou similares, tendo o autuado assinado inadvertidamente a declaração, cujo texto transcreve, manifestando o entendimento que tal declaração não possui validade jurídica que ampare os valores adotados pelo autuante na determinação da base de cálculo.

Conclui requerendo a nulidade da autuação em decorrência de: - o autuado não possuir nenhuma relação jurídica com as mercadorias apreendidas, em flagrante ilegitimidade passiva, consoante o artigo 18, IV, "a", do RPAF/99; - pela inocorrência do fato gerador do imposto; - por imprecisão na determinação da base de cálculo.

Requer a improcedência da autuação: - por não possuir o autuado capacidade financeira para antecipar o imposto relativo às mercadorias apreendidas, sendo o verdadeiro proprietário das mercadorias o senhor Waked Batista Curi, inscrito na condição de microempresa sob o nº 38.549.533; - por ter provado a aquisição de todas as mercadorias.

Requer, ainda, a conversão da exigência para aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no artigo 42 inciso XV alínea "g", da Lei nº 7.014/96, com base no artigo 157 do RPAF/99, por não ficar caracterizada a ocorrência de descumprimento de obrigação principal, mas, acessória. Pede que seja recalculado o imposto apurado com a dedução do valor do crédito fiscal do ICMS incidente nas operações de aquisições. Ainda a realização de diligência, para comprovação do alegado com o exame da documentação acostada aos autos e da documentação referente aos exercícios anteriores a 2006 que se encontram à disposição do Fisco. Também a liberação das mercadorias por ficar impossibilitado de vendê-las. Por fim, o cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, convertida na forma requerida, por não ter ocorrido dolo, fraude ou simulação.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 246/247, esclarecendo que a autuação se deu em estabelecimento sem inscrição estadual, portanto, clandestino, sendo encontrado os mais diversos tipos de mercadorias para veículos automotivos, como conectores, broca de aço, bucha p/autofalante, abraçadeira, fita isolante, vidros para veículos automotivos, kit de alto falante, fio elétrico e outras diversidades de mercadorias relacionados em dez folhas de nºs 29 a 38 dos autos, todos sem comprovação de origem.

Prosseguindo, diz que no local não foi encontrado nenhum documento fiscal de entrada e/ou saída de mercadorias que vinculasse o estabelecimento autuado com a empresa sediada em Cruz das Almas, com razão social Waked Batista Curi, Inscrição Estadual nº 038.549.533, com sede na rua J.J. Seabra, nº 45, térreo, que tem como atividade o comércio a varejo de peças e acessórios para veículos automotores, com o nome de fantasia "Empresa Curi", conforme anexos às fls. 248/249, indicada na defesa como sendo a verdadeira proprietária das mercadorias, o que somente faz prova contra o mesmo, em face da irregularidade da situação.

Continuando, informa que no mesmo endereço acima apontado, considerando como 45-A, encontra-se cadastrada a empresa Ekypuri Com. de Som e Acessórios Ltda., inscrição estadual nº 059.619.118, tendo como atividade o comércio varejista de discos, CDs, DVDs, e fitas, pertencentes ao mesmo proprietário da "Empresa Curi", o senhor Waked Batista Curi, anexos às fls. 250/251.

Acrescenta que, enquanto acompanhava a contagem de estoque, perquiriu o senhor Rosevaldo dos Santos sobre qual empresa inscrita seria indicada como fiel depositária, tendo este telefonado e horas depois se apresentado o senhor Waked Batista Curi com os dados necessários, inclusive, assinando o Termo de Depósito.

Diz que após a conclusão da contagem no dia 16/01/2007, intimou o senhor Rosevaldo dos Santos a apresentar no prazo legal, a documentação que desse cobertura às mercadorias, sendo que no dia 18/01/2007, foram arrecadadas 93 notas fiscais de entradas, todas destinadas à Empresa Waked Batista Curi, em Cruz das Almas, restando dizer, nenhuma delas destinadas à empresa clandestina autuada.

Afirma que, a partir desse momento, o senhor Waked Batista Curi passou a se apresentar como o proprietário das mercadorias levantadas em estoque, alegando que há algum tempo vinha tentando providenciar junto ao seu contador a regularização do estabelecimento. Registra que o autuado desconhecia que a fiscalização já houvera feito uma pesquisa na vizinhança local e os

contribuintes questionados, em quase unanimidade afirmaram que aquele comércio funcionava de forma meio clandestina, mais como um distribuidor se encontrando no local a mais de um ano.

Ressalta que outro ponto importante a ser considerado é que a fiscalização ocorreu em 16/01/1007, sendo que antes do fim do mês, os responsáveis já haviam realizado a transferência da Inscrição Estadual nº 038.549.533 – razão social Waked Batista Curi, em Cruz das Almas para o endereço clandestino autuado, trocando o nome de fantasia de “Empresa Curi” para “Ekypcuri”, conforme anexos às fls. 252/253, resolução que passaram mais de um ano sem conseguir, de acordo com o alegado.

Salienta que por essa razão o Auto de Infração foi lavrado em nome do senhor Rosevaldo dos Santos, por ter sido o representante responsável, no momento da fiscalização das mercadorias existentes em estoque.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

Intimado o contribuinte para se manifestar sobre a informação fiscal, este às fls. 258 a 262, apresentou manifestação, na qual invoca o artigo 127,§ 6º e §7º, do RPAF/99, para dizer que a informação fiscal foi prestada superficialmente.

Afirma que a autuante argumenta que as notas fiscais apresentadas pelo autuado durante a ação fiscal não estavam destinadas à empresa clandestina, questionando como poderia ter notas fiscais em seu nome se a autuante está considerando a empresa como clandestina. Acrescenta que a questão é de endereço do destinatário das mercadorias.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF, após análise e discussão em Pauta Suplementar, deliberou pelo encaminhamento do processo em diligência à IFMT/DAT/METRO (fl. 266), a fim de que a autuante efetuasse o levantamento de preços de venda a varejo no local da ocorrência, conforme determina o artigo 938, V, “b” 2, do RICMS/97, comparando-os com os preços fornecidos pelo autuado e que constam no “Levantamento de Preços” anexado aos autos. Foi solicitado ainda que, caso houvesse divergências deveria ajustar os valores, elaborando, se fosse o caso, novo demonstrativo de débito.

Cumprindo a diligência, a autuante apresentou informação às fls. 268/269 referente ao resultado do quanto solicitado, esclarecendo que efetuou levantamentos de preços de venda a varejo em duas empresas situadas na Vasco da Gama, local da ocorrência dos fatos, conforme orçamentos apresentados dentro do mês de março de 2008, bem como em empresa situada no bairro de São Cristóvão por não existir na localidade outra empresa desenvolvendo a mesma atividade comercial com os mesmos tipos de mercadorias.

Acrescenta que, em razão da discrepância entre os preços apurados, R\$ 586,00 fornecido por JF Som e Serviços Automotivos Ltda.; R\$ 616,30 fornecido por ‘O Varejão Auto Peças Ltda.; R\$549,00 fornecido por “Rafael Auto Som”, e o preço fornecido pelo autuado de R\$ 87,00 referente a uma venda que teria ocorrido em dezembro de 2006, retornou ao autuado e solicitou que este apresentasse nova relação de preços, mesmo sabendo que estes seriam minorados pelo contribuinte.

Registra a sua surpresa, quando verifica que o autuado na nova relação de preços às fls. 281 a 290, item 470, apresenta o Conj. Acionador de Vidro 040890 com novo preço (o terceiro apresentado) de R\$ 233,81 quando na 1ª cotação forneceu o valor de R\$ 324,80 e logo após na defesa acostou cópia de uma nota fiscal apresentando como valor verdadeiro o preço de venda de R\$ 87,80.

Diz restar comprovada a falta de coerência nas informações repassadas pelo autuado, indicando a existência de mera manipulação de valores que o autuado vem utilizando a seu favor.

Não obstante o registro feito acima, esclarece que refez os cálculos adotando os novos preços apresentados pelo autuado, resultando em novo demonstrativo denominado de “LEVANTAMENTO

DE ESTOQUE – 2” às fls. 291 a 303 dos autos, totalizando um valor de base de cálculo de R\$ 92.094,35 sobre a qual aplicada a alíquota de 17% resulta no ICMS de R\$ 15.656,04.

Finaliza reiterando todas as demais informações contidas na primeira informação fiscal às fls. 246 a 247 dos autos, dizendo que deixa a critério deste órgão julgador a decisão de acatar ou não os novos valores reduzidos apresentados no LEVANTAMENTO DE ESTOQUE – 2.

Consta à fl. 304, declaração do autuado confirmando o recebimento de uma via do demonstrativo denominado “NOVA PESQUISA DE PREÇO” e “LEVANTAMENTO DE ESTOQUE – 2”.

VOTO

Cuida o Auto de Infração em lide de exigência de ICMS por ter sido identificada a existência de mercadorias estocadas no estabelecimento clandestino do autuado, desacompanhadas de documentação fiscal, sendo atribuído ao seu detentor a condição de responsável solidário.

Do exame das peças processuais verifico que a peça de defesa está assinada pelo autuado – senhor Rosevaldo dos Santos –, bem como pelo senhor Waked Batista Curi, representante da empresa Waked Batista Curi, inscrita no Cadastro do ICMS – CAD/ICMS sob o nº. 38.549.533- ME, este último que alega ser o verdadeiro proprietário das mercadorias.

Vejo também que na peça impugnatória está sendo arguida, preliminarmente, a nulidade da autuação sob a alegação de não ter o autuado nenhuma relação jurídica com as mercadorias apreendidas, o que implica em flagrante ilegitimidade passiva, consoante o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99. Também está sendo suscitada a nulidade pela inocorrência do fato gerador do imposto, assim como por imprecisão na determinação da base de cálculo.

No que concerne à primeira argüição de nulidade, ou seja, existência de ilegitimidade passiva, não resta dúvida que a autuação foi conduzida acertadamente, haja vista que as mercadorias foram encontradas pela fiscalização em depósito clandestino, sem a documentação fiscal exigível, apresentando-se ao Fisco o detentor destas, senhor Rosevaldo dos Santos, que em consequência foi indicado no Auto de Infração como responsável pelo pagamento do imposto. A Lei nº 7.014/96, no seu artigo 6º, inciso IV, dispõe que:

“Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea, ”.

Portanto, não há que se falar em ilegitimidade passiva no Auto de Infração em exame.

No respeitante à nulidade pela inocorrência do fato gerador do imposto, certamente labora em equívoco o autuado, pois, a existência de mercadorias sem a documentação fiscal própria, indica que esta foi posta em circulação neste Estado, ocorrendo o fato gerador no local onde se encontra a mercadoria em situação irregular, nos termos do artigo 632, VII, do RICMS/BA.

Quanto à nulidade por imprecisão na determinação da base de cálculo, apesar de o levantamento levado a efeito pelo Fisco ter sido acompanhado pelo autuado que, inclusive, forneceu os preços, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, considerando o inconformismo do autuado quanto à base de cálculo, converteu o processo em diligência, a fim de que a autuante refizesse o levantamento com base nos preços de mercado varejista do local da ocorrência, conforme manda o RICMS/BA, o que foi feito pela autuante.

Diante do exposto, rejeito as nulidades argüidas.

No mérito, verifico que a ação fiscal decorreu da Denúncia Fiscal nº 13.320/07, feita por concorrente do autuado, provavelmente, por se sentir prejudicado pela existência de concorrência desleal, decorrente de comercialização de mercadorias em estabelecimento clandestino e sem a documentação fiscal própria, permitindo a prática de vendas com preços inferiores ao de mercado, por não computar o imposto nos preços praticados.

Portanto, sob o aspecto da constatação de que se tratava de um estabelecimento clandestino sem nenhuma documentação, não há o que discutir, isto é, a fiscalização comprovou a denúncia apresentada.

Observo que os diversos argumentos defensivos para tentar justificar a irregularidade não podem prosperar: atribuir ao contador o erro de que já poderia operar no endereço do depósito, se apresenta como um argumento inaceitável, haja vista que a questão não se cinge exclusivamente a ausência de inscrição cadastral, mas, sim, de estocagem de mercadorias sem documentação fiscal em estabelecimento clandestino. Ademais, a autuante registra que constatou que o depósito permaneceu na condição de clandestino por mais de um ano, conforme pesquisa realizada.

Vale aqui registrar que, se a questão estivesse delimitada apenas quanto ao aspecto da falta de inscrição cadastral, seria o caso de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, mesmo que existisse mercadoria, porém, acompanhada de documentação fiscal idônea. Contudo, a autuação diz respeito ao descumprimento de obrigação principal, ou seja, o autuado era detentor no momento da ação fiscal, de mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal própria, sendo exigível o imposto no local da ocorrência do fato gerador.

Cumpre consignar que a autuante na informação fiscal esclareceu que, *após a conclusão da contagem física das mercadorias encontradas sem documentação fiscal, no dia 16/01/2007, intimou o senhor Rosevaldo a apresentar no prazo legal, a documentação que desse cobertura às mercadorias, sendo que no dia 18/01/2007, foram arrecadadas 93 notas fiscais de entradas, todas destinadas à Empresa Waked Batista Curi, em Cruz das Almas, restando dizer, nenhuma delas destinadas à empresa clandestina autuada.*

Como se vê, o autuado tentou estabelecer um vínculo entre as mercadorias existentes no estabelecimento clandestino situado em Salvador, com os documentos pertencentes à empresa Waked Batista Cruz, localizada no município de Cruz das Almas, contudo, sem lograr êxito, por restar comprovada a inexistência de qualquer relação entre ambos.

Assim sendo, a única questão que persiste diz respeito à base de cálculo impugnada pelo autuante, ou seja, o aspecto quantitativo do fato gerador.

Conforme disse acima, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF, após análise e discussão em Pauta Suplementar, deliberou pelo encaminhamento do processo em diligência à IFMT/DAT/METRO, a fim de que a autuante efetuasse o levantamento de preços de venda a varejo no local da ocorrência, conforme determina o artigo 938, V, “b” 2, do RICMS/97, comparando-os com os preços fornecidos pelo autuado e que constam no “Levantamento de Preços” anexado aos autos.

Cumprindo a diligência, a autuante esclareceu que em razão da discrepância entre os preços apurados no levantamento realizado junto a empresas varejistas do mesmo segmento comercial com os preços apresentados pelo autuado, bem como da quantidade de itens de mercadorias arroladas na autuação – 501 itens -, retornou ao autuado e solicitou que este apresentasse nova relação de preços, com base no qual refez os cálculos, resultando em novo demonstrativo denominado de LEVANTAMENTO DE ESTOQUE – 2, totalizando a base de cálculo de R\$ 92.094,35 sobre a qual aplicada a alíquota de 17% resulta no ICMS de R\$ 15.656,04. Registrhou, ainda, que deixava a critério deste órgão julgador a decisão de acatar ou não os novos valores reduzidos apresentados no LEVANTAMENTO DE ESTOQUE – 2.

No presente caso, apesar de o impugnante haver apresentado em três oportunidades preços diferentes para o mesmo item de mercadoria, entendo que deve prevalecer o último levantamento

de preços apresentado pelo autuado - utilizado pela autuante para elaboração do LEVANTAMENTO DE ESTOQUE -2-, por ser o valor de base de cálculo mensurável no presente caso, haja vista que a própria autuante registra a dificuldade de apuração de preços no mercado varejista relativamente aos 501 (quinhentos e um) itens de mercadorias arroladas na autuação, não podendo o contribuinte ser prejudicado com uma imposição de base de cálculo incerta.

Diante do exposto, o ICMS originalmente exigido no valor de R\$ 22.293,24 fica reduzido para R\$15.656,04.

Voto pela procedência em parte do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206952.0013/07-5, lavrado contra **ROSEVALDO DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.656,04**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR