

A. I. Nº - 110148.0049/09-2
AUTUADO - MARIA DA CONCEIÇÃO DE SOUZA
AUTUANTE - IVANISE MATUTINO GONZALEZ
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 26. 05. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0116-01/10

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. ESTABELECIMENTO NÃO INSCRITO. ESTOCAGEM DE MERCADORIAS SEM NOTA FISCAL. LANÇAMENTO 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/10/2009, exige ICMS no valor de R\$ 32.830,27, acrescido da multa de 100%, em razão de falta de recolhimento do ICMS decorrente de estocagem de mercadoria em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia. Consta se tratar de mercadorias encontradas em estabelecimento não inscrito, desacompanhadas de documentação fiscal.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa às fls. 49 a 57 argüindo, em caráter preliminar, a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva, com fulcro no art. 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF/99, sob o argumento de que o Auto de Infração foi lavrado contra pessoa física, não contribuinte do ICMS, no caso, a sócia da empresa Sucesso Variedades Ltda., proprietária das mercadorias que ensejaram a autuação, conforme notas fiscais que anexa no (Doc. 03), e Contrato Social em anexo (Doc. 04).

Invoca ainda nesse sentido decisões do CONSEF, reproduzindo ementas referentes aos julgamentos dos Autos de Infração n.s 03583261/88 e 09048731/99.

Salienta que a autuante teve conhecimento da existência da pessoa jurídica ao passo que lavrou o Termo de Depósito em nome da empresa Sucesso Variedades Ltda., tomando conhecimento inclusive da existência de Inscrição Estadual, conforme consta no referido termo o nº 79.438.785, indicado equivocadamente, haja vista que a Inscrição Estadual da empresa é 79.430.795, conforme (Doc. 05).

Acrescenta que a autuada assinou o recebimento do Auto de Infração em tela, tendo em vista que este declara única e exclusivamente o recebimento e a ciência dos termos do Auto de Infração, não sendo possível atribuir legitimidade pelo simples protocolo de recebimento de um Auto de Infração.

Frisa que o autuante, quando da fiscalização, fora informado de que as mercadorias encontradas em estoque não eram de sua propriedade.

Prosseguindo, diz que o art. 50 do RICMS/BA, trata exclusivamente das alíquotas do ICMS e o art. 56 dispõe sobre a base de cálculo deste tributo, dispositivos estes aplicáveis, única e exclusivamente, quando da ocorrência de um dos fatos geradores do ICMS, encontrados no art. 1º do Regulamento, no caso, a circulação de mercadorias, caracterizada por sua saída de propriedade; a prestação de serviço de transporte; e na prestação de serviço de reparação.

Afirma que no caso em discussão, a acusação fiscal alega a ocorrência de estocagem de mercadoria em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes, caso em que não ocorre o fato gerador do ICMS, conforme decisões já pacificadas inclusive na esfera judicial, transcrevendo a ementa do AgRg no REsp 278843/MG; Primeira Turma; Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS; DJ 04/03/2002 p. 190), não restando comprovada a ocorrência do fato gerador do ICMS, motivo pelo qual o Auto de Infração não pode exigir o pagamento do imposto.

Sustenta que as mercadorias foram adquiridas de forma regular com a emissão da competente nota fiscal e pagamento do ICMS sobre o valor desta, quando houve incidência, conforme comprovam as notas fiscais anexadas.

Consigna que a tipificação, no caso em tela, prevê apenas a aplicação de multa, concordando com o exposto acima, motivo pelo qual deve ser excluído o valor referente ao imposto.

Continuando, diz que em razão de supostamente as mercadorias terem sido flagradas sem documentação, ante a fê de ofício do autuante, é cabível arbitramento do valor das mercadorias pela Fiscalização, contudo, observando-se os critérios fixados no RICMS/PB, conforme transcrição que apresenta do art. 24, IV, Parágrafo único, I, II e IV.

Evoca nesse sentido ensinamento de Samuel Monteiro, que reproduz.

Frisa que muito embora seja incontestável a obrigatoriedade do lançamento de ofício, nos termos do parágrafo único, do artigo 142, do Código Tributário Nacional – CTN, essa obrigação legal indiscutível há de estar regrada pelos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, como disciplinados no caput do artigo 37, da Constituição Pátria.

Alega que tentou confrontar a Nota Fiscal com a Declaração de Estoque lavrada pelo Fiscal para conferir os valores dos produtos atribuídos como base de cálculo, todavia, tornou-se impossível relacionar a mercadoria descrita pela autuante e a constante das notas fiscais, inexistindo discriminação exata dos itens.

Cita como exemplo o 3º item da Declaração de Estoque, afirmando ter verificado que a autuante descreve como “ESPELHO S\ MARCA”, todavia a Nota Fiscal de compra nº 001078, já anexada aos autos, emitida pela “Jinius do Brasil” tem espelho (Cód. Prod. 8387) no valor de R\$ 0,36 e a Nota Fiscal de compra nº 000749, também anexada, emitida pela “Nicomem Utilidades Domésticas Ltda. – EPP” também tem um espelho duas faces (Cód. Prod. 616) no valor unitário de R\$ 1,19, o que representa o triplo da outra mercadoria.

Sustenta que o Auto de Infração não teve a discriminação dos tipos, marcas, modelos e preços individuais das mercadorias, não apresentando qualquer documento probatório de sua avaliação, impossibilitando a confirmação, ou ao menos aferição, dos valores arbitrados como base de cálculo do ICMS, sendo possível se depreender dos autos a existência de indícios de suposta irregularidade em razão da ausência de documento comprobatório quanto à regularidade da operação, no entanto, sua comprovação restou prejudicada em função de a fiscalização não ter identificado devidamente as mercadorias, nem quantificadas.

Diz que há que se levar em consideração que, diante da falta de especificação dos produtos, não se pode concluir dos autos se os mesmos eram novos ou usados, bem como se deve atentar para o fato de que os produtos foram liberados e transferidos para guarda e responsabilidade do autuado. Transcreve a ementa do Acórdão JF N° 0053/01, que segundo alega, se coaduna com o entendimento acima exposto, assim como o Acórdão nº 086/2006, do Conselho de Contribuintes.

Conclui afirmando ser insofismável que padece de amparo, a qualquer título, a pretensão do Fisco, invocando e reproduzindo o art. 112 do Código Tributário Nacional, e face à ausência de subsídios por parte da fiscalização para dar suporte aos preços arbitrados improcedência do Auto de Infração em lide, por absoluta impossibilidade de aplicação da norma legal.

Requer que seja acolhida a preliminar de nulidade, por ilegitimidade para figurar no pólo passivo do presente Auto de Infração, declarando-o nulo por não respeitar o devido processo legal ou, a sua improcedência, face à ausência de subsídios por parte da fiscalização para dar suporte aos preços arbitrados e utilizados na atribuição da base de cálculo do ICMS, impossibilitando a subsunção do fato à norma legal.

Requer ainda na remota hipótese de que não seja acatada os argumentos expostos, que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, tendo em vista que as notas fiscais foram anexadas e que a tipificação da infração consiste em uma obrigação acessória sujeita à aplicação de multa não sendo possível a exigência do tributo já pago por antecipação em alguns casos, ou por substituição tributária em outros.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 115 a 118, na qual esclarece que o Auto de Infração teve como base Denúncia Fiscal pela falta de emissão de documentos fiscais e suposto estabelecimento clandestino – sem inscrição estadual, fato confirmado no dia 05 de outubro do corrente ano, quando da apuração da referida denúncia, que resultou no Levantamento de Estoque em Aberto das Mercadorias, localizadas em local sem inscrição estadual e sem documentação fiscal, na Rua Onze de Junho, 03, São Pedro, em poder e sendo comercializadas pela autuada Maria da Conceição de Souza.

Contesta o argumento defensivo de que Maria da Conceição de Souza é sócia em outra empresa comercial, afirmando que tal fato não a exime de solicitar inscrição para os demais estabelecimentos comerciais em que faça parte no quadro societário.

Diz que conforme o artigo 36 do RICMS/97, *“Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as prestações se iniciem no exterior”*.

Acrescenta que, ainda no seu artigo 39, inciso V, o mesmo RICMS/97 define como responsáveis por solidariedade, pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito *“qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea”*.

Consigna que o estabelecimento foi localizado funcionando sem inscrição estadual e as mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, conforme consta nos documentos acostados ao processo. Registra, ainda, que à fl. 29 dos autos consta o Termo de Intimação para que o contribuinte providenciasse sua inscrição estadual, assim como, apresentasse as notas fiscais de aquisição das mercadorias para aquele estabelecimento, e confeccionasse talonários fiscais para o ato das efetivas saídas das mercadorias.

Continuando, contesta o argumento defensivo de que o fato das mercadorias estarem estocadas não é considerado fato gerador de ICMS, dizendo que, conforme o art.39 inciso V do RICMS/97, fica claro que quem detiver a posse de mercadoria sem documentação fiscal é responsável por solidariedade pelo pagamento do ICMS referente a tais mercadorias encontradas em situação irregular. Quanto ao argumento de que as mercadorias foram adquiridas com notas fiscais cujo imposto já havia sido pago anteriormente, assevera que o contribuinte anexou em sua defesa, cópias de notas fiscais cujo destinatário é a empresa Sucesso Variedades Ltda., Inscrição Estadual 79.430.795 e CNPJ 10.570.768/000154, com endereço comercial à Estrada da Liberdade, 273, bairro da Liberdade, como se verifica às fls. 60 a 90 dos autos, não servindo tais notas fiscais a justificar a apreensão, uma vez que as mercadorias foram localizadas em comercialização na Rua Onze de Junho nº. 03, no Centro da Cidade, especificamente no Relógio de São Pedro, bem distante da empresa destinatária dos produtos.

Observa que, mesmo que supostamente essas notas fiscais se referissem às mercadorias objeto da apreensão, somente a título de amostra, foram selecionados 16 (dezesseis) itens do Levantamento de Estoque em Aberto, conforme documentos às fls. 18 a 28, devidamente assinadas pela autuada e autuante, e transcritas para as fls. 06 a 17 dos autos, para confronto com as cópias das notas apresentadas, conforme a seguir: Sacolas Hello Kit; Canetas Diversas; Lápis de Cera; Guarda-chuva; Carrinhos; Boneca Barbara; Carros Boiadeiro; Canecas de Vidro/Aço; Fruteiras de Vidro; Almofadas; Cortinas de Box; Santos (Imagem); Radinhos; Cabos p/DVD; Massageadores e Fones de Ouvido.

Frisa que das cópias de Notas Fiscais apresentadas e acostadas ao processo, somente três itens dos selecionados existiam, contudo, houve divergência nas quantidades, o total encontrado está a maior do que o constante nas notas. Os demais itens não foram localizados nas notas apresentadas, o que vem a confirmar que tais documentos fiscais não correspondem aos produtos apreendidos.

No que concerne ao argumento defensivo de que os itens foram relacionados sem a devida identificação, afirma que este não procede, uma vez que todas as mercadorias apreendidas foram identificadas na presença da própria proprietária do estabelecimento comercial, senhora Maria da Conceição de Souza, que participou da contagem do estoque, assim como na sua identificação, tendo em vista que no ato da ação fiscal não existia qualquer documento fiscal que pudesse melhor identificar os produtos. Acrescenta que nem todas as cópias de notas fiscais apresentadas pelo contribuinte apresentam especificações detalhadas dos produtos.

Quanto à alegação de que os valores que serviram de base de cálculo para a cobrança do ICMS, não estão adequadamente comprovados de como foram coletados, contesta tal argumento sustentando que estes foram coletados junto à empresa regularmente inscrita em que a senhora Maria da Conceição faz parte do quadro societário, devidamente comprovado através dos documentos Levantamento de Preços Correntes no Mercado, conforme fls. 30 a 39 dos autos, onde consta a assinatura da própria senhora concordando com a avaliação, descabendo, portanto, tal alegação, uma vez que foi dada prioridade na avaliação ao preço praticado pelo próprio contribuinte. Finaliza mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre irregularidade atribuída a autuada, decorrente de falta de recolhimento do ICMS por estocagem de mercadoria em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, desacompanhada da documentação fiscal.

Inicialmente, cabe-me apreciar a nulidade argüida pelo impugnante, por ilegitimidade passiva, com fulcro no art. 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF/99, sob o argumento de que o Auto de Infração foi lavrado contra pessoa física, não contribuinte do ICMS, no caso, a sócia da empresa Sucesso Variedades Ltda., proprietária das mercadorias que ensejaram a autuação.

Não vejo como prosperar tal argumentação, haja vista que a ação fiscal decorreu de Denúncia Fiscal, ou seja, foi denunciado à SEFAZ/BA a existência de estabelecimento clandestino – sem inscrição estadual –, realizando operações de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, na rua Onze de Junho, 03, São Pedro, Salvador-BA, fato comprovado pelo Fisco, estando as mercadorias em poder de Maria da Conceição de Souza.

Ora, o fato de se tratar a senhora Maria Conceição de Souza sócia da empresa Sucesso Variedades Ltda., certamente não pode servir como elemento capaz elidir a acusação fiscal se, efetivamente, comprovada a prática da irregularidade.

Na realidade, nos termos do art. 39, V do RICMS/BA, recai sobre qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal irregular, a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, cabendo ao contribuinte de direito.

Vale dizer que, ao adquirir mercadorias de terceiros, deve o adquirente exigir o documento fiscal de emissão obrigatória do fornecedor. Caso isto não ocorra, ou seja, sendo a mercadoria encontrada sem documentação fiscal, no trânsito ou estocada em estabelecimento, inscrito ou não, indubitavelmente, cabe a responsabilização solidária para exigência do imposto e demais acréscimos legais, do detentor da mercadoria em situação irregular.

Portanto, no presente caso, como as mercadorias foram encontradas na posse da senhora Maria Conceição de Souza, não há que se falar em ilegitimidade passiva. Rejeito, assim, a nulidade argüida, por não ter ocorrido ofensa ao art. 18, IV, “b” do RPAF/99.

No que concerne à irregularidade apontada no Auto de Infração em exame, cumpre-me observar que a estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, pode resultar em descumprimento de obrigação principal ou acessória, a depender da situação em que se encontre a mercadoria. Ou seja, se a mercadoria estiver acompanhada de documentação fiscal idônea, descabe a exigência de imposto, sendo aplicável apenas multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrente de falta de inscrição estadual. Contrariamente, se a mercadoria estiver desacompanhada de documentação fiscal, cabe a exigência de imposto e demais acréscimos legais, por se tratar de descumprimento de obrigação principal.

Nessa linha de entendimento, verifico nos documentos acostados aos autos, que o estabelecimento estava operando no endereço acima referido, sem inscrição estadual e as mercadorias desacompanhadas de notas fiscais.

Vejo também que a autuante emitiu Termo de Intimação, para que o contribuinte providenciasse sua inscrição estadual, bem como, apresentasse as notas fiscais de aquisição das mercadorias para aquele estabelecimento, e confeccionasse talonários fiscais para o ato das efetivas saídas das mercadorias.

Observo que o impugnante alega que as mercadorias foram adquiridas com notas fiscais, cujo imposto já fora recolhido, acostando em sua defesa, cópias de notas fiscais que têm como destinatário a empresa Sucesso Variedades Ltda., Inscrição Estadual 79.430.795 e CNPJ 10.570.768/000154, com endereço comercial à Estrada da Liberdade, 273, bairro da Liberdade.

Certamente, a apresentação de documentos fiscais que guardassem total correspondência com as mercadorias encontradas sem documentação fiscal no estabelecimento irregular, elidiria a ação fiscal, pois, conforme dito linhas acima, restaria apenas o descumprimento de obrigação acessória. Ocorre que as cópias de notas fiscais acostadas aos autos pelo impugnante, não trazem a indispensável correspondência com as mercadorias objeto da autuação, valendo dizer que não são suficientes para elidir a acusação fiscal.

Nesse sentido, é relevante registrar a observação feita pela autuante com a qual coaduno de que *“...somente a título de amostra, foram selecionados 16 (dezesesseis) itens do Levantamento de Estoque em Aberto, conforme documentos às fls. 18 a 28, devidamente assinadas pela autuada e autuante, e transcritas para as fls. 06 a 17 dos autos, para confronto com as cópias das notas apresentadas, conforme a seguir: Sacolas Hello Kit; Canetas Diversas; Lápis de Cera; Guarda-chuva; Carrinhos; Boneca Barbara; Carros Boiadeiro; Canecas de Vidro/Aço; Fruteiras de Vidro; Almoфadas; Cortinas de Box; Santos (Imagem); Radinhos; Cabos p/DVD; Massageadores e Fones de Ouvido,”* sendo que, *“...somente três itens dos selecionados existiam, contudo, houve divergência nas quantidades, o total encontrado está a maior do que o constante nas notas. Os demais itens não foram localizados nas notas apresentadas, o que vem a confirmar que tais documentos fiscais não correspondem aos produtos apreendidos.”*

Noto que também não pode prosperar o argumento defensivo de que os itens foram relacionados sem a devida identificação, haja vista que as mercadorias arroladas na autuação tiveram o acompanhamento da senhora Maria da Conceição de Souza na identificação do estoque, pela ausência de documentação fiscal, conforme levantado e devidamente assinado pela autuada.

Melhor sorte também não tem o impugnante, quando alega que os valores que serviram de base de cálculo para a exigência do ICMS não estão adequadamente comprovados de como foram coletados, pois, constato no levantamento acostado aos autos às fls. 30 a 39, que estes foram coletados junto à empresa Sucesso Variedades Ltda., Inscrição Estadual 79.430.795 e CNPJ 10.570.768/000154, com endereço comercial à Estrada da Liberdade, 273, bairro da Liberdade, constando no “*Levantamento de Preços Correntes no Mercado*,” a assinatura da senhora Maria da Conceição de Souza, autuada concordando com a avaliação das mercadorias.

Por derradeiro, cabe-me observar que a pretensão defensiva de que seja aplicada apenas a multa, sob o argumento de que o imposto fora recolhido por antecipação em alguns casos, ou por substituição tributária noutros casos, não pode prosperar, pois, conforme dito acima, os documentos fiscais apresentados não serviram para elidir acusação fiscal, em razão de não guardarem a indispensável vinculação com as mercadorias encontradas em situação irregular.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110148.0049/09-2**, lavrado contra **MARIA DA CONCEIÇÃO DE SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.830,27**, 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, 12 de maio de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR