

A. I. N° - 128966.0002/10-8
AUTUADO - EXPODOMUS COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JUSCELINO MARQUES VIDAL
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 05. 04. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0055-01/11

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O próprio autuado admite a ocorrência da irregularidade apontada no Auto de Infração ao afirmar que emitiu nota fiscal de demonstração quando deveria ter emitido nota fiscal de venda, haja vista que se tratava efetivamente de venda de estoque destinada a outro estabelecimento. Corrigido de ofício o equívoco existente na autuação, por ter o autuante aplicado a alíquota interna de 17% quando a alíquota correta é de 12%, por se tratar de operação interestadual destinada a contribuinte. Infração devidamente comprovada. Não acolhida a argüição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/07/2010, imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de destaque do ICMS em documento fiscal acobertando o trânsito de mercadorias para fora do Estado da Bahia, a título de demonstração, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 72.929,02, acrescido da multa de 60%. Consta na “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração que o autuado transportava mercadorias tributadas com as Notas Fiscais ns 0999 e 1000, emitidas em 17/07/2010, com destino a PRA TI PRESENTES ARTES E DECORAÇÕES LTDA., CNPJ 53.485.066/0001-85, Inscrição Estadual 111.057.055.110, localizado no logradouro Alameda Gabriel Monteiro da Silva, nº 1.719, Complemento, bairro Jardim Paulistano, Município de São Paulo-SP. Consta nos documentos fiscais apresentados, a natureza da operação como “*demonstração*”. Foi realizada diligência fiscal no endereço do contribuinte e comprovado que a empresa retirou todo o seu estoque e estava remetendo para outra unidade da Federação, simulando uma operação de demonstração com a finalidade de não recolher o ICMS devido, já que a empresa encerrou as suas atividades sem o pagamento do estoque, conforme prevê a legislação. O estabelecimento não exerce mais as atividades no local indicado. Para surtir os efeitos legais foi lavrada a Ficha de Localização do Contribuinte (FLC), inclusive com fotografia em anexo. Enfim realizou uma operação tributada como não tributada.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa às fls. 38 a 42, esclarecendo que exerce atividade no ramo do comércio varejista de artigos para presentes, objetos de arte e decoração em geral, tapeçaria e *show-room*, estando estabelecido na cidade de Salvador/BA.

Registra que seu sócio Giuseppe Miele, qualificado no contrato social, faleceu de forma inesperada, conforme certidão de óbito que anexa, acometido por um derrame cerebral em maio de 2010, deixando sua esposa e sócia senhora Heliana Vicari Miele, sozinha a frente dos negócios, pois não possuem filhos ou herdeiros, que veio a sucumbir diante da árdua prática da atividade empresarial,

sendo acompanhada por médicos, sob efeitos de fortes remédios, conforme comprovam receitas, recibos e relatórios médicos que anexa.

Frisa que a empresa presente no mercado de decoração baiano desde 1998 não conseguiu se manter erguida sem seu gestor principal e com sua outra gestora acometida por grave depressão veio a acumular muitas dívidas, o que forçou a senhora Heliana, por não ter outra alternativa, a vender “*queima de estoque*” de seus produtos, que consistem em tapetes importados – persas, chineses, egípcios – como forma de saldar seu passivo e finalizar a operação da empresa de forma digna. Acrescenta que após sucessivas promoções na cidade de Salvador, sem obter sucesso, e com atraso em mais de sete meses no aluguel do prédio onde funciona a loja, diante da iminência de um despejo viu-se obrigado a remeter o resto do estoque para outra casa comercial que possui no Estado de São Paulo, que também vem passando pelas mesmas dificuldades.

Esclarece que o mercado paulistano por possuir maior poder aquisitivo e mais aquecimento no que tange a decoração, poderia consumir em prazo menor os saldos de estoques de produtos, viabilizando assim recursos para que o grupo possa arcar com seus compromissos.

Diz que, por ter sido mal assessorado, no momento de emitir a nota fiscal para acobertar as saídas das mercadorias do Estado da Bahia com destino ao Estado de São Paulo, emitiu nota fiscal de demonstração, quando deveria ter emitido nota de venda, haja vista que se tratava efetivamente de venda de estoque, pois destinado a outro estabelecimento, o que motivou a autuação.

Alega que o surgimento da obrigação de pagamento do imposto devido na operação, conforme DAM [DAE] anexo, no valor de quase R\$ 90.000,00, é impossível de ser pago na atual conjuntura e sem a venda dos estoques que possuía.

Salienta que ciente da sua falha, procurou pagar o débito e liberar a mercadoria, mesmo sabendo que o Fisco não poderia reter a mercadoria sob estratégia oblíqua para pagamento do imposto.

Alega que por ser optante pelo Simples Nacional, conforme comprovante anexo, a alíquota de ICMS é 3% e não 17%, como imposto pela Fiscalização, o que tornou inviável o pagamento a vista, sendo que, quando questionou sobre a possibilidade de parcelamento foi informado que seria necessária a apresentação de uma pessoa jurídica “*local*”, para funcionar como depositário fiel. Ressalta se tratar de um absurdo.

Prosseguindo, consigna que para completar ainda mais seu trágico momento, a Fiscalização promoveu diligência no estabelecimento, vindo a apreender todos os seus talonários de notas fiscais, de modo que sequer pode emitir nova nota de forma correta para poder remeter a mercadoria para o seu destino.

Realça que judicialmente conseguiu liberar sua mercadoria e seus talonários de notas fiscais e enviá-los para São Paulo, onde vem buscando realizar promoções para arrecadar dinheiro e poder pagar sua dívida.

Reitera que a alíquota de 17% aplicada no Auto de Infração, não corresponde à realidade de sua arrecadação, pois sendo optante do Simples Nacional tem sua tributação de ICMS na casa dos 3%, representando a diferença de 14% um acréscimo considerável ao total da dívida.

Sustenta que a multa de 60% indicada em razão da infração, se apresenta deveras confiscatória e sem atender o caráter disciplinador essencial da multa.

Frisa que em momento algum houve má-fé, tendo ocorrido de fato falta de assessoramento contábil, pois sua sócia já se encontrava em São Paulo quando a nota fiscal foi emitida. Admite o pagamento do imposto, contudo, na alíquota de 3%, por fazer parte do Simples Nacional.

Conclui pugnando pela nulidade do Auto de Infração, reduzindo-se a alíquota do ICMS para 3%, bem como afastando a multa indicada de 60%, mesmo porque sendo acessória segue a sorte do principal, considerando que se apresenta como confiscatória e abusiva diante da infração em questão. Diz que se coloca à inteira disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários, cumprimentos de

diligências e todo e qualquer ato inerente ao andamento do presente processo. Requer, ainda, que as intimações sejam realizadas no endereço indicado no timbre constante nas folhas da peça de defesa.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 76 a 82, dizendo que a questão principal se resume à exigência do imposto em relação às mercadorias que estavam sendo enviadas para uma outra unidade da Federação em virtude do encerramento das atividades da empresa autuada, sem a devida baixa cadastral e sem o pagamento do ICMS devido em tais situações, sendo incontestável, já que o próprio autuado confirma que realmente transportava as mercadorias sem o pagamento do ICMS, conforme declaração de sua própria lavra a qual reproduz.

Afirma que na realidade o questionamento do autuado é em relação à alíquota adotada, que segundo o seu entendimento deveria ser 3% e não 17% e da multa aplicada que, no seu sentir, não deveria estar situada no patamar de 60% do valor do imposto devido nesta situação, por ter caráter confiscatório. Acrescenta que além de impugnar estes dois itens o autuado, apresenta ainda outras argumentações, como que procurou pagar o débito e o Fisco não poderia reter a mercadoria. Contesta tal argumento dizendo que não corresponde com a verdade dos fatos, haja vista que passados mais de 90 (noventa) dias da ação fiscal não houve nenhum pedido de parcelamento e/ou de recolhimento do tributo devido. Quanto ao argumento de que é impossível ser pago o valor surgido como imposto de quase R\$ 90.000,00, ressalta que a apuração da base de cálculo do imposto foi feita com base nas próprias notas fiscais apresentadas pelo autuado e se refere a todo estoque da empresa.

Sustenta que todas as alegações defensivas são incabíveis. Assevera que a mercadoria ficou retida à espera de um representante da empresa para ficar na condição de fiel depositário da mercadoria. Sustenta que jamais exigiu a presença de uma pessoa jurídica para efetuar qualquer procedimento, existindo várias testemunhas que comprovam as inverdades alegadas pelo autuado. Em relação ao parcelamento, diz que apenas informou ao autuado que deveria procurar a carteira de cobrança da SEFAZ/BA que é a responsável pelo procedimento, pois sabe que não é de sua competência efetuar o parcelamento. Registra que até hoje não foi efetuado nenhum parcelamento ou pagamento pelo autuado.

Quanto à alegação defensiva de que a Fiscalização apreendeu todos os seus talonários de notas fiscais mediante diligência promovida no estabelecimento, afirma que não é verdade, pois efetuou uma diligência no estabelecimento com a finalidade de verificar a legalidade da operação tendo obedecido aos procedimentos legais, haja vista que visitou a empresa e efetuou a intimação sendo os talonários entregues por um funcionário da empresa, após telefonar para a senhora Heliana. Acrescenta que, por telefone, ela conversou tranquilamente com sua equipe e autorizou um dos funcionários a entregar os talonários do estabelecimento, portanto, sendo um ato espontâneo e não arbitrário, conforme diz o impugnante. Ressalta que o talão de uso normal na empresa não foi recolhido pelo Fisco, ficando à disposição do contribuinte.

Com relação a alegação de que iria emitir um documento fiscal, posteriormente, para regularizar a operação, esclarece que mesmo se o documento fosse emitido pela empresa não regularizaria sua situação conforme prevê o RICMS/BA, cujo art. 632 transcreve.

No que concerne a alegação defensiva referente à aplicação da alíquota de 17% e não 3%, por ser optante do Simples Nacional, diz que não se aplica ao caso em questão, pois a norma só é aplicada em operações de apuração do imposto normal e mesmo assim, não ocorre nos casos em que a ação fiscal seja a apuração de irregularidade. Consigna que o dispositivo criado em lei não tem finalidade de confisco, mas sim de impedir a evasão fiscal.

Diz que o impugnante requer, ao final, que o presente Auto de Infração seja julgado nulo, contudo, sem apresentar ou invocar qualquer amparo legal.

Prosseguindo, diz que apresenta um breve comentário sobre a ação fiscal que culminou na lavratura do Auto de Infração para constituição do crédito tributário, conforme abaixo.

Diz que uma carreta transportadora com as mercadorias transitou pelo Posto Fiscal Honorato Viana às 00h09min horas da manhã do dia 21/07/2010 (domingo), conforme Termo de Apreensão e Ocorrências e, posteriormente, Auto de Infração nº 128966.0002/10-8, com base de cálculo de R\$ 428.994,28, (valores constantes nas próprias Notas Fiscais que acobertavam a operação). Sendo a infração tipificada como “Operação tributada como não tributada “de mercadorias remetidas do estado da Bahia para outra unidade da Federação sem o pagamento do ICMS”. Tendo o seu transporte acobertado pelas Notas Fiscais de nºs. 0999 e 1000 emitidas pela empresa autuada em 17/07/2010 com destino a empresa Pra Ti Presentes Artes e Decorações Ltda., inscrição estadual nº 111.057.055.110, localizada no Estado de São Paulo, cuja natureza da operação constante nas Notas Fiscais de venda como “*Demonstração*” fazendo alusão a uma possível e fictícia remessa para demonstração sendo que na realidade tratava-se do encerramento das atividades da empresa, com todo seu estoque sendo enviado para o Estado de São Paulo sem o pagamento do ICMS ou seja, mais de 900 (novecentos) Tapetes importados sem o pagamento antecipado do ICMS.

Salienta que desconfiou da natureza da operação e solicitou à Coordenação de Fiscalização que designasse uma equipe para efetuar uma diligência no local para verificar a situação da empresa, e que logo pela manhã da segunda feira a volante MMDP 45 esteve no local e constatou que os funcionários chegaram para trabalhar e a empresa estava fechada, tendo todos sido tomados de surpresa, inclusive informando que estava entrando em contato com o Sindicato dos Comerciários para tentar reter a carga com finalidade de pagar os seus salários. Registra que o vigia da empresa ao lado informou, também, que na noite do sábado foi dispensada a presença do vigilante da empresa e que as mercadorias foram todas elas retiradas da loja a partir das 22:00 horas.

Consigna que no local entregou uma intimação em mãos do responsável pela abertura das portas e assim ele entregou vários talões de Notas Fiscais que, somados, perfaziam um total de mais de R\$ 7.000.000,00 de vendas realizadas sem que fosse recolhido um centavo de ICMS.

Salienta que dentre os documentos entregues verificou algumas DI's. (declarações de Importações) e que ao consultar os dados fiscais no Módulo de Comercio Exterior, foi verificada uma significativa quantidade de importações de mercadorias, com destino ao Estado de São Paulo desembaraçada no Estado da Bahia e que ficavam aqui mesmo neste Estado sem o pagamento do imposto devido.

Registra que após a ação fiscal, compareceu na Inspetoria um senhor que se dizia procurador da empresa e que sugeriu para tentar solucionar a questão que o referido senhor apresentasse uma procuração e indicasse uma empresa regularmente inscrita para ficar com a guarda e posse da mercadoria.

Salienta que além de não apresentar a procuração não indicou ninguém para se responsabilizar pela guarda das mercadorias. Frisa que o cidadão que se intitulava procurador não aceitou que as mercadorias voltassem ao estabelecimento, que encerrou as suas atividades, pois temia saque por parte dos funcionários da empresa. Acrescenta que após quatro dias sem nenhuma comunicação, não restou alternativa, senão a de colocar as mercadorias no depósito da Fiscalização para sua proteção, ressaltando que tal procedimento, inclusive, contrário a orientação da atual gestão, pois não existe nenhuma mercadoria apreendida em poder do Fisco.

Continuando, diz que após a guarda das mercadorias foi lavrado o Auto de Infração e efetuada a FLC (Ficha de Localização do Contribuinte) para inaptidão da empresa que após vistoria foi verificado que não mais exercia as atividades no local. Ou seja, encerrou as suas atividades sem comunicar a Fazenda Estadual, ou efetuar o Pedido de Baixa. Observa que hoje no local funciona outra empresa.

Esclarece que a ciência no presente Auto de Infração só ocorreu após publicação no Diário Oficial do dia 24 de agosto de 2010, pois conforme constante no AR (fl. 31) o contribuinte se mudou.

Destaca que somente tomou conhecimento de que existia um procurador da empresa através de medida liminar, onde as mercadorias foram liberadas por ordem judicial e emitida uma Nota Fiscal ACÓ JJF N° 0055-01/11

Avulsa nº 781901 com destino a empresa destinatária das mercadorias no Estado de São Paulo, e que até hoje (três meses) após o ocorrido não houve o recolhimento do tributo devido por parte da empresa.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, no que concerne à argüição de nulidade do Auto de Infração, apesar de o impugnante não fundamentar o pedido identificando o vício ou falha capaz de inquinar de nulidade o ato de lançamento, constato que não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, estando claramente identificada a infração, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte. Noto que o impugnante teve conhecimento tempestivo da ação fiscal e do demonstrativo elaborado pelo autuante. Inexistem vícios ou falhas que inquinem de nulidade o Auto de Infração, portanto, inocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99. Não acolho a nulidade arguida.

Quanto ao pedido do impugnante para que as intimações sejam realizadas no endereço indicado no timbre constante nas folhas da peça de defesa, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que o próprio impugnante admite o cometimento da infração quando diz que “*por ter sido mal assessorado, no momento de emitir a nota fiscal para acobertar as saídas das mercadorias do Estado da Bahia com destino ao Estado de São Paulo, emitiu nota fiscal de demonstração, quando deveria ter emitido nota de venda, haja vista que se tratava efetivamente de venda de estoque, pois destinado a outro estabelecimento, o que motivou a autuação.*”

Também quando consigna que “*ciente da sua falha, procurou pagar o débito e liberar a mercadoria, mesmo sabendo que o Fisco não poderia reter a mercadoria sob estratégia oblíqua para pagamento do imposto*”.

Portanto, não resta dúvida que o autuado estava realizando operação tributada como não tributada, conforme identificado pelo Fisco na presente autuação.

Na realidade, insurge-se o impugnante contra a aplicação da multa de 17%, por entender que é cabível a aplicação da multa de 3%, em face de sua condição de optante pelo Simples Nacional.

Apesar de laborar em erro o impugnante quando sustenta o argumento acima, haja vista que para a irregularidade apontada no Auto de Infração, não há que ser observada a condição de optante do infrator pelo Simples Nacional para aplicação da alíquota de 3%, constato que também incorreu em equívoco o autuante quando aplicou a alíquota de 17%, pois, em conformidade com o art. 632, inciso VII, alínea “a”, item 1, do RICMS/BA, utilizado para fundamentar a aplicação da alíquota, será aplicada a alíquota de 17% nas operações internas, conforme se vê da transcrição abaixo do referido dispositivo regulamentar:

“Art. 632. Relativamente aos prestadores de serviços de transporte e às pessoas que portarem ou transportarem mercadorias ou bens, por conta própria ou de terceiro, observar-se-á o seguinte:

(...)

VII - para efeitos de definição do local da ocorrência do fato gerador e da alíquota aplicável na hipótese de operação ou prestação sem documentação fiscal ou em situação fiscal irregular, inclusive quando constatada no trânsito, ainda que a mercadoria ou o serviço sejam procedentes

de outra unidade da Federação, presume-se a mercadoria ou o serviço, conforme o caso, posta em circulação ou prestado neste Estado, estando sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, considerando-se ocorrido o fato gerador no local onde se encontre a mercadoria ou o prestador do serviço, sendo que:

a) será aplicada a alíquota prevista para as operações:

1 - internas, nas situações de que cuida o inciso I do art. 50, a menos que se trate de serviço de transporte aéreo ou de mercadoria ou serviço integrantes da cesta básica ou considerados supérfluos, hipótese em que a alíquota aplicável é a do inciso III do art. 50 ou do art. 51, conforme o caso;”

Ocorre que, no presente caso, conforme consta na “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração, o autuado transportava mercadorias tributadas acobertadas pelas Notas Fiscais n.s 0999 e 1000, emitidas em 17/07/2010, com destino a PRA TI PRESENTES ARTES E DECORAÇÕES LTDA., CNPJ 53.485.066/0001-85, Inscrição Estadual 111.057.055.110, localizado no logradouro Alameda Gabriel Monteiro da Silva, nº 1.719, Complemento, bairro Jardim Paulistano, Município de São Paulo-SP.

Portanto, não resta dúvida que se trata de operação interestadual que destina a mercadoria para contribuinte do imposto situado em outro Estado, situação na qual a alíquota aplicável é de 12%, conforme previsto no item 2. 2.1 do inciso VII do art. 632 do RICMS/BA, cujo texto transcrevo abaixo:

“Art. 632...

(...)

2 - interestaduais, tratando-se de operação ou prestação:

2.1 - que destine mercadoria ou serviço a contribuinte do imposto situado em outra unidade da Federação, ainda que o destinatário seja contribuinte não inscrito, sendo bastante para sua caracterização como contribuinte o preenchimento dos requisitos do art. 36;”

Assim sendo, aplicando a alíquota correta de 12% sobre a base de cálculo apontada no Auto de Infração no valor de R\$ 428.994,28, o valor do ICMS devido passa para R\$ 51.479,31.

No que diz respeito à argüição de que a multa de 60% é confiscatória, observo que esta se apresenta correta no caso da presente lide, haja vista que prevista na Lei 7.014/96.

Por fim, devo registrar que muito embora a situação e o estado de saúde da senhora Heliana Vicari Miele, - conforme relatado na peça impugnatória-, sensibilize os julgadores desta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, não há como este órgão julgador analisar e julgar o presente processo senão com a observância da lei e dos elementos fáticos que resultaram na irregularidade apontada no Auto de Infração, haja vista a indisponibilidade do crédito tributário.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 128966.0002/10-8, lavrado contra **EXPODOMUS COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$51.479,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR