

A. I. N° - 947327010
AUTUADO - MARIA ARLETE CARVALHO DOS SANTOS
AUTUANTE - LÁZARO PAULO PACHECO
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 18. 04. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0085-01/11

EMENTA: ICMS. ESTOCAGEM DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL IDÔNEA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de intimação para o autuado apresentar livros e documentos fiscais que pudesse elidir a autuação total ou parcialmente, garantindo-lhe o direito de ampla defesa e do contraditório durante o procedimento fiscal enseja a nulidade do Auto de Infração, em face da insegurança na determinação da infração e do montante do débito exigido. Acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/03/2010, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 9.162,67, acrescido da multa de 100%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia. Consta que as mercadorias foram encontradas na Rua Antonio da Mota, 90, térreo, centro, Araci-BA.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 09 a 12), arguindo preliminarmente a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de cerceamento do direito de ampla defesa, verificado em decorrência do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, que prevê que antes da lavratura do Auto de Infração, deve haver a intimação do sujeito passivo, para apresentação dos documentos fiscais, haja vista que possuía toda a documentação fiscal das mercadorias constantes nos levantamentos elaborados pelo autuante. Acrescenta que tal medida regulamentar visa preservar o trintídio defensivo previsto no referido Diploma regulamentar processual, sendo que, no presente caso, as notas fiscais das mercadorias existem e assim ficou impossibilitado de exercer de forma plena e sua capacidade defensiva.

Rechaça o mérito da acusação fiscal, afirmando que desconhece como foi apurado o imposto e o motivo de aplicação da multa com uma alíquota uniforme de 17% sem nenhum direito ao crédito fiscal, já que possuía as notas fiscais de origem do estoque encontrado que, inclusive, ficou na condição de fiel depositária, tendo em vista que o local onde foram encontradas as mercadorias era uma extensão do estabelecimento autuado que se encontra com a inscrição estadual nº 39904294 ativa, conforme pode ser comprovado pelos dados cadastrais da Secretaria Estadual da Fazenda.

Afirma que jamais adquiriu qualquer mercadoria sem a competente nota fiscal, inclusive por ser optante do Simples Nacional, e a omissão do registro da aquisição de mercadorias só lhe traria inúmeros prejuízos de ordem tributária.

Sustenta que o levantamento fiscal está eivado de falhas, que não permitem a mínima análise, possivelmente em razão da aplicação da alíquota uniforme de 17% em todo o procedimento sem consulta aos documentos de origem e a memória de cálculo dos valores e saber qual o produto que faz parte do levantamento e qual a tributação aplicada.

Reitera que teve o seu direito de defesa e o exercício do contraditório gravemente cerceado pela falta do fornecimento da memória de cálculo e da falta da solicitação das notas fiscais de origem das mercadorias objeto da infração e dos eventuais demonstrativos com planilha comparativa item por item, que integram o procedimento fiscal.

Consigna que seria importante que os julgadores verificassem detalhadamente as duas peças principais do processo, no caso, Termo de Apreensão e Auto de Infração, para constatar que as mercadorias objeto da infração foram encontradas na rua Antonio Oliveira Mota, nº 90, já o estabelecimento responsável e proprietário das mercadorias que inclusive ficou com fiel depositário possui a inscrição estadual nº 39.904.294, no nº 74 da mesma rua, portanto, vizinho ao local, não podendo desta forma configurar nenhuma infração à legislação.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, no mérito, improcedente. Requer, ainda, provar tudo quanto alegado por todos os meios previstos no Direito, inclusive revisão fiscal executada pela ASTEC/CONSEF, sem prejuízo de outros recursos cabíveis.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 54 a 69, esclarecendo que durante o exercício de suas funções fiscalizadoras, na U. M. F. Operações Específicas I, no dia 02/03/10, por volta das 14:00 horas, identificou um depósito de mercadorias, situado na Rua Antônio Oliveira Mota, nº 90, térreo, Centro, em Araci, Bahia, não inscrito no CAD-ICMS./BA, de propriedade da senhora Maria Arlete Carvalho dos Santos, CPF nº 52852377500, onde constatou a existência de estoque de mercadorias em situação irregular, isto é, desacobertadas de documentação fiscal, sendo feita a contagem física destas conforme declaração de estoque às fls. 03 a 05 dos autos. Diz, ainda, que lavrou o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 147988, para comprovação da infração à legislação do ICMS, bem como o Auto de Infração Modelo 2 – Trânsito nº 947327-0, para exigência do imposto devido, multa, e possíveis acréscimos tributários.

Frisa que pelas alegações defensivas o estabelecimento não inscrito no CAD/ICMS-BA, objeto da ação fiscal, localizado à Rua Antônio de Oliveira Mota nº 90, térreo, Centro, em Araci, seria o mesmo estabelecimento de propriedade do autuado, localizado na Rua Antônio Oliveira Mota, nº 74, Centro em Araci, inscrito no CAD/ICMS.-BA, sob nº 39904294.

Contesta o argumento defensivo, dizendo que em nenhum momento impossibilitou a apresentação de defesa, contrariamente, desde o inicio da ação fiscal comunicou que teria amplo direito de defesa, em todas as esferas, inclusive, orientando o autuado verbalmente, para apresentar as provas documentais que porventura tivesse em sua posse, à Inspetoria Fazendária de Serrinha. Ressalta que a ação fiscal foi encerrada por volta das 21:00 horas, e que seriam reconhecidas e acatadas s notas fiscais, desde que fossem idôneas e que estivessem emitidas para o estabelecimento onde foram encontradas as mercadorias e cumpridas as formalidades legais.

Observa que por se tratar de estabelecimento não inscrito na SEFAZ, além de possuir as devidas notas fiscais destinadas para aquele endereço, as mercadorias deveriam estar com ICMS referente à antecipação tributária, retido ou recolhido, conforme preceitua o art. 353, inciso I, do RICMS./ BA

Frisa que comunicou ao autuado que o poder de decisão não lhe caberia, mas sim aos Órgãos Julgadores. Salienta que no campo 24 do Auto de Infração – “Intimação”; a proprietária das mercadorias foi informada acerca da exigência fiscal, de que o Auto de Infração seria registrado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região Norte (IFMT Norte) em Feira de Santana e que ela teria o prazo regulamentar de 30 (trinta) dias para recolhimento do débito reclamado, se o achasse devido, ou para apresentar impugnação, juntando as provas das quais fosse detentora, o que foi feito, conforme consta à fl. 08 dos autos, quando protocolizou defesa na INFRAZ/Serrinha, nº SIPRO 431102/2010-9, em 30/03/10, consoante o que preceitua os arts. 3º, 4º, 7º e em especial os incisos III e IV do art. 8º, todos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/BA, não cabendo a alegação de cerceamento de defesa. Ressalta que de todas as etapas da ação fiscal realizada foi dada ciência pessoalmente ao contribuinte, na mesma data do início da ação fiscal, ou seja, em 02/03/10, conforme assinaturas apostas nos documentos de fls. 01 a 06.

Assevera que, em relação ao pedido preliminar de nulidade do Auto de Infração, não houve preterição do direito de defesa, haja vista que em todas as etapas foi dado amplo conhecimento de todos os atos praticados ao contribuinte, assim como acesso a todas as peças do processo e informação sobre seus direitos e prazos processuais sendo os elementos suficientes, pois foi explicado claramente como se chegou ao montante da base de cálculo. Registra que o esposo da proprietária acompanhou todas as etapas da ação fiscal, na contagem das mercadorias, no preenchimento dos formulários de trabalho, na realização de todos os cálculos. Esclarece que as quantidades de mercadorias constantes da penúltima coluna das declarações de estoques às fls. 03 a 05, foram multiplicadas pelos valores unitários, constantes da última coluna “VALOR”, sendo estes valores totalizados, obtendo-se a base de cálculo lançada no termo de apreensão nº 147988, no campo: “Avaliação da base de cálculo total ou a transportar”, base esta replicada para o campo 15 do presente Auto de Infração, sobre a qual foi aplicada a alíquota interna de 17%, conforme prevê o RICMS/BA, para a situação de mercadorias encontradas sem a documentação fiscal nas operações internas, sendo indicado no Termo e no Auto de Infração, os demais elementos necessários para determinação com segurança do sujeito passivo infrator e da infração.

Prosseguindo, diz que no dia de inicio da ação fiscal no estabelecimento do contribuinte, quando indagado se o estabelecimento era inscrito, a resposta foi negativa. Da mesma forma, quando indagado se havia notas fiscais das mercadorias existentes no estoque faturadas para aquele local, a resposta foi também negativa, pois as mercadorias ali presentes, segundo as informações prestadas verbalmente, eram suas mas que teriam sido compradas pela empresa de sua propriedade, situada em outro endereço.

Afirma que as notas fiscais que o autuado disse possuir e que posteriormente anexou ao processo se referem a compras diversas do outro estabelecimento inscrito sob nº 39904294, portanto, de operações de circulação passadas, que serviram para dar trânsito às mercadorias dos fornecedores dos Estados de origem, sendo em sua maioria São Paulo, Minas Gerais e Paraná e algumas da Bahia, até o destinatário e gerar os efeitos fiscais devidos em relação àquelas operações anteriores.

Sustenta que não restou comprovado que foram emitidas notas fiscais para o estabelecimento localizado na Rua Antônio Oliveira Mota, nº 90, térreo, Centro, em Araci, nas operações subsequentes, portanto, não havia levantamento a ser feito, a não ser do quantitativo do estoque existente, sendo as mercadorias encontradas no citado depósito consideradas desacobertadas de documentação fiscal.

Salienta que um mesmo documento fiscal não serve para a realização de duas ou três operações diferentes, no caso, compra, remessa, retorno, transferência, venda, etc., pois o autuado não é inscrito na condição de “AMBULANTE”, sendo cada etapa das operações de circulação realizada com o documento próprio, pois, caso contrário, não existe controle sobre a circulação de mercadorias por parte da Fiscalização.

Consigna que no dia da ação fiscal, quando foi ao escritório da firma Maria Arlete Carvalho dos Santos ME, para levantar os valores unitários das mercadorias, somente foi apresentada uma Nota Fiscal de nº 090972, emitida em 25/02/10, pela firma Palmeira Indústria e Comércio de Móveis Ltda., com destino ao contribuinte Maria Arlete Carvalho dos Santos ME, inscrição estadual nº 39904294, situada na Rua Antônio Oliveira Mota, nº 74, Centro, em Araci, empresa esta que não estava sendo objeto da fiscalização, mas sim o estabelecimento não inscrito localizado na Rua Antônio Oliveira Mota, nº 90, térreo, Centro, em Araci, na frente do qual estava parada uma caminhonete com mercadorias para fazer entrega.

Diz que se o levantamento de estoque tivesse sido realizado no estabelecimento do contribuinte Maria Arlete Carvalho dos Santos ME, certamente as notas fiscais de origem deveriam ser consideradas idôneas e levadas em conta, pois estariam endereçadas ao contribuinte correto, no endereço correto, confrontando saldo existente em estoque inventariado, compras, vendas, devoluções, transferências e o estoque final. Acrescenta que o referido contribuinte apenas ficou

como fiel depositário das mercadorias, por estar regularmente inscrito e forneceu os preços praticados nas vendas a varejo de tais mercadorias.

Realça que o cerne da questão consiste na estocagem em estabelecimento clandestino, ou seja, sem inscrição estadual, de propriedade da senhora Maria Arlete Carvalho dos Santos, sem documentação fiscal, de diversas mercadorias, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias nº 147988 e outros documentos anexados aos autos, sendo exigido imposto por responsabilidade solidária, da detentora das diversas mercadorias descritas nas declarações de estoque.

Frisa que considerou as notas fiscais acostadas aos autos pelo impugnante como imprestáveis para acobertar as mercadorias estocadas no estabelecimento clandestino, porque destinadas a outros estabelecimentos, com CNPJ, inscrição estadual e endereços diversos do autuado, no caso, Maria Arlete Carvalho dos Santos ME, Inscrição Estadual n.39904294, situada na Rua Antonio Oliveira Mota, nº 74, Centro Araci e Maria Arlete Ferreira Bastos Dantas Néri, Inscrição Estadual nº 67214571, situada na Rua 02 de Julho, nº 18, Centro, Ibititá, BA, o que as torna inidôneas, conforme preceito contido no art. 209, V, do RICMS/97, pois não se referem a uma efetiva operação que acobertem a etapa de circulação de mercadorias que deu origem ao estoque irregular.

Realça ainda que, além disso, existe vedação de utilização do crédito fiscal quando no documento fiscal constar como destinatário da mercadoria, outro estabelecimento, ainda que pertencente ao mesmo titular, ou quando se tratar de documento falso ou inidôneo, conforme previsto no inciso V do art. 97 do RICMS/BA, cujo teor transcreve.

Diz que a exigência do crédito tributário de que cuida o presente Auto de Infração, foi feita conforme prevê o COTEB, no seu art. 129, inciso I, e no RPAF/99, nos arts. 26 e 28, incisos IV e VI.

Salienta que as mercadorias encontradas no estoque irregularmente fogem totalmente ao controle da Fiscalização, pois apesar de possuir marca, fabricante, referencias, não têm número de fabricação que possa dar uma identidade ao produto e de se ter a certeza que são os mesmos que constam em documentos que serviram para acobertar operações comerciais anteriores realizadas pelo estabelecimento legalmente inscrito.

Diz que existem diversas práticas de elisão e de sonegação fiscal que permitem aquisição de mercadorias sem passar pelo controle do Fisco e a realização de operações comerciais sem a sua devida contabilização. Ressalta que se as mercadorias que entram e saem do estabelecimento não possuem um controle fiscal, não há como comprovar que estas são aquelas que constam nos documentos apresentados, haja vista que, apenas a título de uma análise preliminar da documentação anexada ao presente processo às fls. 19 a 49, foram encontradas no estabelecimento não inscrito mercadorias que não constam dela. Cita a título exemplificativo, apenas mercadorias relacionadas na declaração de estoque constantes da fl. 03, no caso: 2 Fogões a gás de 4 bocas da marca Dako; 5 Guarda-roupas; 2 portas com espelho Duplemax; 3 Guarda-roupas 10 portas com espelho Duplemax; 9 Racks Baby marfim Valdemóveis; 4 Estantes Jasmine Valdemóveis; 4 Racks Papirus clean Colibri; 8 Rack Jaguar JCM; 3 Guarda-roupas 6 portas Econômico 2010 Vila Rica; 14 Guarda-roupas 4 portas Econômico Vila Rica; 1 Conjunto de mesa com 6 cadeiras tubulares Gol; 8 Estantes Nova BMW JC; 4 Estantes Jasmine Valdemóveis; 9 Racks Baby Marfim Valdemóveis; 1 Cozinha Ráfia Palmeira; 2 Racks Girus.

Registra que uma outra análise do primeiro item da fl. 04, Fruteira com gaveta 202 – Sol, mostra que o contribuinte Maria Arlete Carvalho dos Santos ME, adquiriu em 24/04/09, através da Nota Fiscal nº 2287, 08 unidades, sendo 03 branco/verde, 02 branco/laranja e 03 branco, e em 02/10/09, através da Nota Fiscal nº 2971, mais duas unidades no padrão branco, completando dez unidades, igual ao estoque do outro estabelecimento não inscrito.

Afirma que um comerciante que comprou oito unidades de uma mercadoria e seis meses depois compra mais duas unidades da mesma cor, além de mais 6 fruteiras de outros modelos Ref. 303 – Pop, não encontradas em estoque e nem constantes do levantamento feito, e onze meses depois - data em que foi realizado o levantamento do estoque - ainda não vendeu nada, é incomum, mesmo

porque ele ainda possui na sua loja mostruário de mercadorias, não computado. Reitera que existe uma circulação constante de mercadorias, que elas possuem uma rotatividade, mas que o controle depende essencialmente do cadastro dos contribuintes, da devida emissão e registro da documentação fiscal, das informações e declarações prestadas corretamente ao Fisco, ou seja, do cumprimento de suas obrigações fiscais.

Realça que as Notas Fiscais nºs 2287, 29614, 87810, 7087, 86901, 540751, 91270, 2971, 182840, 30533, 88206, 6817, 20816, 73770, 23086, 4879, 85521, 41890, 88896, 3636, 23162, 54222 e 90972, arroladas no processo não estão endereçadas ao estabelecimento autuado - não inscrito - localizado na Rua Antônio Oliveira Mota, nº 90, térreo, mas sim a outros estabelecimentos e, portanto, não há como considerar que tais documentos se referem às mercadorias encontradas.

Consigna que se por acaso houve saída subsequente das mercadorias do estabelecimento do contribuinte regularmente inscrito para outro local, para outro estabelecimento não inscrito, não foi registrado, logo não há como afirmar se este foi realmente o ocorrido, ou se estas mercadorias foram adquiridas de terceiros ou em nome de terceiros, com ou sem documentação fiscal, estas operações subsequentes, as que resultaram nas entradas das mercadorias no estabelecimento fiscalizado, ficaram desacobertadas de documentação fiscal, conforme determina a legislação.

Sustenta que a ação fiscal possui os elementos necessários para caracterização da infração e do infrator, sendo que o RICMS/BA, estabelece no seu art. 150, que o contribuinte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, deverão inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS), antes de iniciarem as suas atividades, e o § 1º diz que o estabelecimento não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS será considerado clandestino, ressalvados os casos em que seja dispensada a inscrição cadastral, citando no seu artigo anterior que tal Cadastro tem por finalidade a habilitação para o exercício dos direitos relativos ao cadastramento e o registro dos elementos de identificação, localização e classificação do sujeito passivo e respectivos titulares, sócios, responsáveis legais, condôminos e contabilistas.

Assevera que houve operação de saídas de mercadorias tributáveis de algum estabelecimento, situado em outro local, para o estabelecimento não inscrito – autuado - e tal operação se configura como hipótese de incidência do ICMS e, por consequência, deveria estar acompanhada do respectivo documento fiscal, portanto houve ocorrência do fato gerador conforme estabelece o RICMS/BA, conforme previsto no art. 2º, cujo teor reproduz. Invoca e transcreve ainda o art. 5º da Lei nº 7.014/96, assim como o art. 36 e 182 do RICMS/BA, nesse sentido.

Prosseguindo, evoca o art. 191 do RICMS/BA, para dizer que cabe ao contribuinte cumprir os pré-requisitos ali estabelecidos. Cita e transcreve também os arts. 13 e 14, da Lei nº 7.014/96, que cuidam do local da operação para efeito da cobrança do imposto e definição do contribuinte ou responsável, e definição de estabelecimento, respectivamente, para fundamentar a autuação.

Invoca ainda os artigos 14, 34 e 35 da Lei nº 7014/96, para sustentar os seus argumentos referentes ao cumprimento de obrigações tributárias do contribuinte, assim como referente à infração cometida.

Cita e transcreve ainda o art. 353, inciso I do RICMS/BA, para afirmar que o estabelecimento não inscrito estará sujeito ao regime especial de tributação, no caso, antecipação Tributária, devendo toda mercadoria estar acobertada de documentação fiscal e sendo tributada, do devido imposto substituído retido pelo remetente habilitado ou pago através de documento de arrecadação estadual ou Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.

Reportando-se sobre a forma como foi realizada a apuração da base de cálculo que o contribuinte questiona, esclarece que tomou como base o art. 22 da Lei nº 7.014/96, cujo teor reproduz. Acrescenta que também foi observado na apuração da base de cálculo o art. 56, I e o art. 74, segundo os critérios e formalidades previstos nos art. 937, inc. IV, art. 938, inc. V, alínea b, item 2, obedecido o disposto no art. 939, inc. II, todos do RICMS/BA.

Realça que a base de cálculo foi apurada tendo como referência os preços de varejo, de acordo com os valores unitários de venda a consumidor praticado pelo próprio contribuinte, em outro estabelecimento seu, situado na mesma cidade de Araci, inscrita no CAD/ICMS-BA, sob nº 39904294, conforme valores declarados pela senhora Maria Arlete Carvalho dos Santos, conforme declarações de estoque que fazem parte do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 147988, ás fls. 03 a 05 dos autos, na última coluna. Acrescenta que na apuração da base de cálculo do imposto os valores unitários da última coluna das folhas de declaração de estoque, foram multiplicados pelas quantidades de mercadorias correspondentes a cada produto encontrado em estoque, constantes da penúltima coluna das citadas declarações e estes valores foram somados e lançados nos campos próprios do Termo de Apreensão e do Auto de Infração.

No que concerne à alíquota aplicada, questionada pelo contribuinte, consigna que tomou o art. 50 do RICMS/BA como referência e novamente a Lei nº 7.014, no seu art. 15, cujo texto transcreve.

Salienta que para que o contribuinte tenha melhor visão dos cálculos efetuados está anexando planilha com todas as informações sobre o levantamento do débito, para que os Julgadores possam ver claramente que os cálculos e o lançamento efetuados estão corretos, inclusive, solicita a senhora Inspetora da IFMT/Norte que seja fornecida ao autuado cópia do demonstrativo de cálculo do débito, anexado ao processo, juntamente com a informação fiscal de acordo com o art. 46 do RPAF/99.

Quanto ao crédito fiscal esclarece que não foi dado, pois se as mercadorias estão desacobertadas de documentação fiscal não há crédito a ser atribuído. Acrescenta que mesmo se as notas fiscais apresentadas fossem acatadas, o art. 97 do RICMS/BA, estabelece que este é vedado, quando no documento fiscal constar como destinatário da mercadoria ou como tomador do serviço outro estabelecimento, ainda que pertencente ao mesmo titular.

Com relação à multa indicada no Auto de Infração, diz que o art. 42 da Lei 7014/96, no seu inciso IV, estabelece a aplicação de multa de 100% do valor do imposto quando a mercadoria ou bem forem encontrados em qualquer estabelecimento sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, quando o valor do imposto a recolher for fixado através de arbitramento, inclusive no caso de estabelecimento não inscrito ou mesmo quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta não especificada expressamente na Lei.

Observa que no momento da ação fiscal inicial, não foi feito demonstrativo específico do débito, pois além das operações serem simples, a proprietária das mercadorias estava ansiosa para saber o valor total do débito tributário e seu esposo acompanhou o tempo todo a contagem das mercadorias, a checagem das relações, o fornecimento dos preços e a realização dos cálculos, sendo-lhe mostrado como se chegou ao valor do imposto considerado devido, sendo-lhe dada ciência por volta das 20:30 horas do mesmo dia .

Frisa que o autuado deseja mostrar por suas alegações que o estabelecimento de propriedade da senhora aria Arlete Carvalho dos Santos, não inscrito no CAD/ICMS/BA e nem no CNPJ, que foi o alvo da ação fiscal, localizado na Rua Antônio Oliveira Mota, nº 90, térreo, Centro, em Araci, seria o mesmo estabelecimento de propriedade do autuado, Razão Social Maria Arlete Carvalho dos Santos ME, localizado na Rua Antônio Oliveira Mota, nº 74, Centro, em Araci, inscrito no CAD-ICMS/BA, sob nº 39904294, o que não é verdade. Invoca o art. 13 da Lei n. 7.014/96, para fundamentar seu argumento de que cada estabelecimento do mesmo titular é autônomo, assim como o art. 183 do RICMS/BA, no sentido de que o contribuinte terá que inscrever cada estabelecimento, ainda que filial, sucursal, agência, depósito, fábrica ou qualquer outro.

Salienta que mesmo a imunidade, a não-incidência e a isenção não exoneram as pessoas mencionadas no art. 150 do RICMS/BA da obrigação de se inscreverem no cadastro, conforme o art. 190 do citado Diploma regulamentar. Observa que o estabelecimento não inscrito, objeto da ação fiscal, e o inscrito não são imóveis contíguos ou que possuam comunicação física interna, conforme preceitua o art. 185 do RICMS/BA, portanto não podendo ser considerado uma extensão daquele.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

A 1ª JJF, converteu o processo em diligência (fl. 74), a fim de que fosse intimado o autuado para receber cópia da informação fiscal e do demonstrativo elaborado pelo autuante.

O autuado se manifestou às fls. 80 a 82, ratificando os termos da defesa inicial apresentada, assim como realizando outras alegações que entende como necessárias para decisão da lide.

Reproduz a descrição dos fatos feita pelo autuante, para afirmar que o preposto fiscal encontrou as mercadorias em “depósito” e não em uma casa comercial aberta, vendendo mercadorias ou vendendo sem a emissão da nota fiscal, exigida em lei.

Diz que o autuante identificou a proprietária das mercadorias como sendo Maria Arlete Carvalho dos Santos, que não por acaso é proprietária de um estabelecimento comercial, poucas casas após, situada no nº 74, Casa, Centro, Araci, Bahia, inscrita na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, nº 39.904.294, no CNPJMF nº 00.159.903/0001-10, onde vende as mesmas mercadorias consideradas como *“desacobertadas de documentação fiscal”*.

Relativamente às notas fiscais de aquisição das mercadorias não terem sido apresentadas no momento da fiscalização, diz que decorreu do fato de que, em se tratando de um depósito, não permanece no local, nenhum documento fiscal, pois toda parte burocrática é feita ou na sede da empresa ou no escritório contábil, onde se processam os cálculos dos impostos.

Rechaça a alegação do autuante de que as notas fiscais apresentadas por ocasião da defesa, não podem provar que são as mesmas referentes às mercadorias encontradas por ocasião da ação fiscal, pois não tem como identificá-las, afirmando que nem todas as mercadorias fabricadas têm identificação e são vinculadas a cada nota fiscal, como, por exemplo, o chassi de veículo, e nem por isso pode-se afirmar que as mercadorias que estão estocadas ali, não têm as notas fiscais de aquisição.

Ressalta que foi apresentada parte de notas fiscais, porque várias outras estão na empresa, das notas fiscais de aquisição de mercadorias pela empresa individual, juntamente com os DAEs do pagamento das Antecipações Parciais devidas, sendo que apenas uma Nota Fiscal, no caso a de nº 23086 pertence à empresa Maria Arlete Ferreira B. Dantas Néri, tendo sido entregue por engano, dado à similaridade do pré-nome, quando do envio pelo contador que é profissional de várias outras empresas.

Diz que reconhece o erro quanto à manutenção do Depósito sem a devida inscrição estadual, sendo que procedeu ao devido cadastro que levou o número de 87007.071, regularizando, portanto a situação até então irregular.

Quanto ao demonstrativo elaborado pelo autuante na informação fiscal, afirma que não houve nenhuma explicação quanto ao critério e prova dos preços unitários determinantes de cada mercadoria conforme dispõe o Regulamento do ICMS vigente.

Conclui dizendo que tendo sido demonstrado, de maneira inequívoca, a insubsistência do procedimento fiscal da descrição dos fatos do Auto de Infração, requer o julgamento pela improcedência parcial da autuação.

O autuante se pronunciou às fls. 91 a 95, ratificando os argumentos contidos na informação fiscal inicial, e quanto à manifestação do autuado diz que os formulários impressos da SEFAZ/BA já trazem inclusos os termos e frases padronizadas das infrações cometidas com mais freqüência pelos contribuintes, que somados aos documentos anexos e às informações complementares, prestadas, espera que possam passar os elementos de prova suficientes para que os senhores Membros das Juntas e Câmaras deste Conselho tenham uma visão do ocorrido.

Consigna que no Termo de Visita Fiscal (fl. 06), está relatado que haviam duas irregularidades distintas. Uma que o estabelecimento não possuía inscrição nos órgãos competentes, obrigação acessória, o que está descrito também na declaração de estoque, não inscrito naquele endereço, nem

no cadastro da SEFAZ – Bahia e nem no CNPJ da RFB, e a outra é que havia a existência de estoque de mercadorias em situação irregular.

Frisa que no Termo de Apreensão de mercadorias e documentos nº 147988, de 02/03/10, descreveu como motivo determinante o fato de encontrar mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, em depósito não inscrito, pois não foi apresentado documento fiscal algum que tivesse o referido local como o local de destino das mercadorias ali encontradas. Acrescenta que não foi mostrada documentação alguma que tivesse a senhora Maria Arlete Carvalho dos Santos, seja como pessoa física ou como pessoa jurídica constituída, ou outra pessoa física ou jurídica qualquer que estivessem como destinatários das mercadorias no endereço, Rua Antônio Oliveira Mota, nº 90, Térreo, Centro, Araci, BA.

Salienta que, quando da lavratura do Auto de Infração, assinalou como infração o item 2 – “*Estocagem de bem ou mercadoria descoberta de documentação fiscal idônea*”; e como não tinha documentação fiscal destinada àquele local subentendeu que também não ocorreu a devida retenção e/ou pagamento do ICMS devido, por estar destinada a contribuinte não inscrito, observação adicionada no campo complementar.

Realça que o RICMS/BA, no seu art. 39, inciso V, atribui a condição de responsável solidário pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito a 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.

No que concerne às notas fiscais, tendo por destinatário o contribuinte Maria Arlete Carvalho dos Santos –ME, inscrição estadual nº 39904294, localizada no nº 74 da Rua Antônio Oliveira Mota, Centro, em Araci, BA, apensadas ao processo posteriormente, pela defesa, sob a alegação de que as mercadorias apreendidas para comprovação de infração à legislação, tinham notas fiscais, diz que questiona a idoneidade das mesmas, à luz do preceito contido no art. 209, I e V, do RICMS/BA/97, pois estão endereçadas a outro local, que possui outro cadastro de contribuinte. Afirma que não existe nenhuma indicação nelas de que as mercadorias iriam ser entregues no endereço onde foram encontradas, ou seja, Rua Antônio Oliveira Mota, nº 90, térreo, Centro, Araci, BA, além do que, como já citado na fl. 60, só na declaração de estoque de fl. 03 do presente processo, haviam 15 (quinze) produtos que não constavam nas notas fiscais apresentadas, anexadas ao processo, pertencentes à citada empresa Maria Arlete Carvalho dos Santos –ME.

Consigna que o procurador do contribuinte quer fazer entender que o estabelecimento objeto da ação fiscal e o outro estabelecimento regularmente inscrito têm uma mesma personalidade jurídica, contudo, a legislação diz claramente que é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular, conforme os art. 13 e 14 da Lei nº 7.014/96. Assevera que toda operação de circulação de mercadorias em ambos os estabelecimentos, deveria obrigatoriamente ter sido acobertada pela documentação apropriada, para cada tipo de operação, não se justificando alegar desconhecimento da lei ou não ter havido dolo, como nos disse a proprietária no momento da ação fiscal.

Reitera que o estabelecimento era clandestino e desta forma o Fisco não tinha o conhecimento e nenhum controle sobre as mercadorias que circulavam por ele, portanto, enquanto não estava cadastrado, pela quantidade de mercadorias encontradas, deduz-se que eram destinadas à comercialização.

Registra que na hora da visita fiscal, encontrou um veículo, o motorista e outro funcionário no local, sendo a ação fiscal iniciada justamente porque havia uma caminhonete carregada de mercadorias, pronta para viajar ou descarregar, pois ainda não sabia, enlonada, parada em frente ao número 90 da rua Antônio Oliveira Mota, que estava de portas abertas cheio de mercadorias. Diz que ao solicitar do motorista as notas fiscais daquelas mercadorias, nem ele e nem o funcionário que estava dentro do estabelecimento apresentou-as. Só estavam com pedidos e endereços para entrega. Quando indagado de onde vinham as mercadorias, disse que era do local defronte (nº 90). Quando

questionado se o estabelecimento possuía alvará de funcionamento, inscrição estadual, inscrição no CNPJ eles disseram não saber e saíram para procurar a proprietária que, depois de uma longa espera quem apareceu foi o esposo da senhora Maria Arlete. Diz que quando questionou sobre a situação cadastral do estabelecimento o referido senhor disse que o mesmo ainda não era inscrito nos órgãos competentes. Quanto às notas fiscais de venda a consumidor afirma que só mais tarde foram apresentadas várias delas emitidas pelo contribuinte Maria Arlete Carvalho dos Santos. Perguntado sobre o motivo pelo qual não haviam sido emitidas no momento da venda ou do carregamento, ele alegou que a praxe era faturar as vendas no final do dia e guardar as notas fiscais para o caso de algum cliente precisar de garantia, pois podiam perdê-las e só entregá-las após o pagamento total das mercadorias por parte dos clientes, já que em sua maioria, as compras são feitas à prazo.

Assevera que as operações comerciais de compra e venda obviamente são centralizadas, isto é, ocorrem no escritório da empresária Maria Arlete Carvalho dos Santos, não só das mercadorias que estão na rua Antônio O. Mota nº 74, sua sede comercial, como as que estavam no estabelecimento, na época da ação fiscal, irregular, localizado no nº 90, da mesma rua, registrado posteriormente como depósito fechado, inscrição estadual n. 87007071), com mercadorias também em situação irregular.

Relativamente à alegação defensiva de que o local servia apenas como depósito, salienta que o art. 136, do CTN reza que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Afirma que mesmo no caso de depósito a inscrição estadual é obrigatória, conforme prevê o art. 150, do RICMS/BA, sendo que a própria defesa reconhece o cometimento da irregularidade, tanto que providenciou posteriormente a devida inscrição do mesmo.

Contesta o argumento defensivo sobre a base de cálculo, reiterando que os valores das mercadorias tomados como base de cálculo do demonstrativo de débito são os preços de varejo praticados pelo autuado em sua loja situada no nº 74 da mesma rua, levantados junto ao próprio contribuinte Maria Arlete Carvalho dos Santos –ME, fornecidos verbalmente pela mesma, a partir de consulta da tabela de preços de venda a varejo praticados por ela à vista, realizada através da tela do monitor do computador da empresa, pois disse que não tinha como imprimir os arquivos, mas que estão declarados textualmente na última coluna dos formulários de declarações de estoque de nºs 01 a 03, constantes às fls. 03, 04 e 5 (1^as vias) e fls. 13, 14 e 15 (cópias das 2^as vias), a qual foi inserida por não ter um formulário mais adequado no momento. Ressalta que os preços fornecidos pelo próprio contribuinte foram acatados como bastante e suficiente para servir de base de cálculo do imposto devido, porque estavam compatíveis com o valor de compra de mercadorias semelhantes, a exemplo daquelas adquiridas através da Nota Fiscal nº 090972, emitida em 25/02/10, endereçada ao contribuinte inscrição estadual nº 39904294 (única mostrada no dia da ação fiscalizadora), adicionados de margem de valor de revenda em torno de 20%, próxima da faixa da MVA prevista para antecipação ou substituição tributária de móveis e eletrodomésticos (25%), constante no Anexo 89, item 5 do RICMS/BA, como pode ser verificado. Salienta ainda que na cidade e na região não existe atacadista ou distribuidor de tais mercadorias que pudesse fornecer os preços praticados no atacado. Tais mercadorias são compradas diretamente dos grandes centros produtores localizados nas regiões Sul e Sudeste do país.

Observa que no caso de se fazer uma pesquisa de preços, no setor varejista, no dia 02/03/10, já não era possível por causa do horário, quando os outros estabelecimentos já estavam fechados e considerou que em primeiro lugar não se acha facilmente os mesmos produtos, com as mesmas referências nos concorrentes e caso se encontre a média dos preços praticados pode estar superior à dele pois está trabalhando com uma margem de lucro abaixo da prevista para o setor, o que foi aceito pelo contribuinte naquele momento.

Manifesta o entendimento de que a alegação de desconhecimento do critério e prova dos preços unitários é uma tentativa de desqualificar a ação fiscal, porque o que se buscou foi a simplificação

do processo, e utilizar os valores considerados mais justos, que eram os preços praticados no seu próprio estabelecimento devidamente inscrito nos órgãos competentes, uma vez que a proprietária das mercadorias estocadas em situação irregular estava querendo saber logo o valor do débito e da multa que seriam apurados e aplicados no presente caso, fornecendo-lhe as informações necessárias pra tal cometimento sem nenhum problema. Reafirma que tanto a proprietária como o esposo acompanharam todas as fases da ação fiscal, exceto a abordagem do veículo que estava à frente do estabelecimento. Questiona: Como depois a defesa pode alegar desconhecimento ou que os valores são irreais?

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre irregularidade atribuída ao autuado, decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS, desacompanhadas de documentação fiscal.

A princípio, cabe-me apreciar a nulidade arguida pelo impugnante, sob o argumento de cerceamento do direito de ampla defesa, verificado em decorrência de ausência de intimação do sujeito passivo, para apresentação dos documentos fiscais, haja vista que possuía toda a documentação fiscal das mercadorias constantes nos levantamentos elaborados pelo autuante.

Apesar de em situação semelhante a que versa o Auto de Infração em exame, esta 1^a Junta de Julgamento Fiscal haver decidido, por unanimidade, pela procedência da autuação, nos termos do Acórdão JJF Nº 0243-01/09 – razão pela qual converteu o presente processo em diligência, a fim de que fosse entregue ao contribuinte cópia dos novos elementos trazidos pelo autuante na informação fiscal -, a referida decisão foi modificada através do Acórdão CJF Nº 0346-12/10, tendo sido decretada a nulidade do Auto de Infração, em razão da falta de intimação ao autuado para apresentar documentos e livros fiscais que pudessem elidir a autuação, lhe garantindo o direito de ampla defesa e do contraditório.

Diante disso, considerando que no caso em exame o autuante após lavrar o termo de apreensão, não intimou o contribuinte para apresentar no prazo de 48 (quarenta e oito) horas as notas fiscais das mercadorias, assegurando-lhe o seu direito de ampla defesa e do contraditório durante o procedimento de fiscalização, tal vício inquia de nulidade o lançamento, em face da insegurança na determinação da infração, consoante o art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Reproduzo abaixo o teor da ementa do referido Acórdão CJF Nº 0346-12/10, a título ilustrativo:

“EMENTA: ICMS. ESTOCAGEM DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL IDÔNEA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. A falta de intimação ao autuado para apresentar documentos e livros fiscais que pudessem elidir a autuação ou parte dela, garantindo o direito à ampla defesa e ao contraditório durante o procedimento fiscal enseja a nulidade do Auto de Infração, em face da insegurança na determinação da infração e do montante do débito exigido. Acatada a nulidade arguida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Decisão unânime”.

Diante do exposto, considero nula a autuação, ao tempo em que recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de renovação dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **947327010**, lavrado contra **MARIA ARLETE CARVALHO DOS SANTOS**. Recomendada a renovação do procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR