

**A. I. N °** - 210660.0001/10-1  
**AUTUADO** - QUEIJOS FINOS INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - VALDETE VIANA PINTO  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**INTERNET** - 20.06.2011

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO JJF Nº 0163-04/11

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ARMAZENAGEM DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL OU COM DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Comprovada a estocagem de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, ou acompanhadas de notas fiscais inidôneas, visto que não foram impressas na Gráfica destacada no rodapé das mesmas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 06/10/2010, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 80.257,25, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b” da Lei nº 7.014/96, em razão de estocagem de produtos desacompanhados de documentação fiscal ou com documento falso ou inidôneo, sendo o contribuinte regularmente inscrito no Cadastro desta Secretaria da Fazenda. Juntados os Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos 132.220 e 132.221 às fls. 09 e 10.

Consta do campo “*Descrição dos fatos*” – de fl. 01 – que foram encontradas mercadorias no estabelecimento autuado desacompanhadas de documentos fiscais, oportunidade em que foram apresentadas as notas abaixo relacionadas.

Aquelas de números 47.960, 47.953, 47.966, 47.967, 47.968, 47.977, 47.979, 47.980, 47.981 e 47.982 (autorização para impressão de documentos fiscais (AIDF) número 17630217722010), supostamente emitidas por SHOPP CHEESE COMÉRCIO DE FRIOS LTDA., inscrição estadual 73.936.376, consideradas inidôneas por não terem sido impressas na GRÁFICA E EDITORA PITUBA LTDA., inscrição estadual 53.819.194, consoante declarou no verso da nota fiscal 47.960 o sócio deste empreendimento, Senhor Luciano Pinto. O sujeito passivo – através da AIDF acima mencionada – utilizou documentos no modelo da NF 43.294 (anexada ao processo, fl. 68), diferente do padrão das outras apresentadas, o que configura talonários paralelos, conforme assevera a autoridade autuante.

As notas fiscais 51, 52, 54 e 65 (AIDF 99621218962010) foram supostamente emitidas por SALVADOR MÁXIMO DE OLIVEIRA, inscrição estadual 85.359.424 (contribuinte não localizado no endereço do Cadastro Estadual), impressas na gráfica RISOGRAFI REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA., inscrição estadual 47.081.163, também inexistente no local indicado no Cadastro do ICMS.

Ressalta a agente de tributos que no endereço de SALVADOR MÁXIMO DE OLIVEIRA encontrou estabelecida a sociedade empresária SHOPP CHEESE COMÉRCIO DE FRIOS LTDA.

A defesa foi apresentada às fls. 94 a 102, onde o autuado afirma que foi literalmente atacado e invadido pelas fiscais Valdete Viana Pinto e Maria do Socorro S. Barreto, sem ordem judicial ou de serviço. As mesmas, aos gritos e com os dedos em riste, de forma abusiva, entraram nas salas e tomaram posse de documentos e de tudo o mais que conseguiram alcançar.

Com fulcro no art. 18, I, RPAF/99, aduz que as referidas pessoas não possuem atribuição legal para efetuar roteiro de estoque, que é auditoria de estabelecimento, uma vez que as mesmas têm as suas atividades restritas ao trânsito de mercadorias.

No seu entender, não se pode afirmar que uma mercadoria armazenada está sem documento fiscal quando não foi feita auditoria de estoques. As razões de inidoneidade nada têm a ver consigo, que apenas oferece serviços de armazenagem e logística (com escritório administrativo) para SHOPP CHEESE COMÉRCIO DE FRIOS LTDA. e para SALVADOR MÁXIMO DE OLIVEIRA. As notas em comento foram apresentadas pelos tomadores dos serviços, que se encontravam regulares no Cadastro Estadual, tanto que a remessa e o retorno de armazenagem ocorreram através de documentos fiscais hábeis.

Suscita nulidade por ilegitimidade passiva, com fundamento no art. 18, IV, “a”, RPAF/99, já que não foi o estabelecimento emissor dos documentos, e por indeterminação da base de cálculo, uma vez que não tem idéia de como foram encontrados os totais lançados, situação que demonstra não ter sido observado o comando do art. 56, RICMS/97 (os valores unitários superam em muito os designados nos documentos fiscais).

Transcreve o art. 209, RICMS/97, alegando que as notas não se mostraram imprestáveis para os fins a que se destinam.

Em seguida, questiona a multa de 100%, destacando a proibição de confisco (fl. 101), argumentando que o seu respectivo fundamento legal não traz a redução estabelecida no art. 918-A, RICMS/97.

Por fim, requer a emissão de certidão negativa e a nulidade do lançamento.

Na informação fiscal, de fls. 107 a 114, a autuante diz que a alegação de agressão, além de falsa e destituída de provas, não tem pertinência neste processo, cabendo a quem achar que teve os seus direitos agredidos peticionar junto à Corregedoria da SEFAZ ou ao Poder Judiciário.

Prossegue afirmando que a ação fiscal teve início por ordem do supervisor de denúncias, para verificar a existência de dois contribuintes em um só endereço (fl. 108), efetuar a contagem física de estoques, lavrar Termo de Apreensão e intimar para apresentação de documentos. Foi constatado, no local, o funcionamento tão somente da SHOPP CHEESE COMÉRCIO DE FRIOS LTDA., inscrição estadual 73.936.376, em relação à qual foi efetuada a contagem física. Uma vez que o talão de notas fiscais se encontrava no estabelecimento do autuado, efetuou-se diligência por ordem do supervisor e foi lavrado o Termo de Apreensão 132.221. Todos os procedimentos de rotina desenvolvidos foram acompanhados por preposto da empresa e o devido processo legal restou observado.

A conclusão é de que foram apresentados inúmeros documentos falsos e inidôneos, de acordo com o art. 209, VI, RICMS/97, todos com a finalidade de acobertar as mercadorias irregularmente estocadas – cuja contagem física foi realizada por fiscal com atribuição legal para tanto – em diligência típica do trânsito de mercadorias, que prescinde de ordens de serviço.

O impugnante, apesar de afirmar que possui contrato de armazenagem e logística com as duas sociedades empresárias acima especificadas, não apresentou qualquer comprovante (contratos). Anteriormente, estava inscrito no Cadastro do ICMS como indústria, e agora como comércio atacadista de leite.

Quanto aos preços, o contribuinte foi instado a dizê-los, mas não o fez. Logo, para apurar a base de cálculo, tomou por base o art. 56, RICMS/97, e efetuou cotação em diversos estabelecimentos.

Não concorda com a defesa relativa à multa e transcreve o art. 47, RICMS/97 c/c art. 11, I, LC 87/1996, para definir quem é o sujeito passivo da obrigação tributária.

Conclui mantendo a autuação.

#### **VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade)**

Quanto ao alegado excesso de exação, supostamente cometido pela autoridade fiscal quando do desenvolvimento dos seus trabalhos, este não é o foro competente para apreciá-lo, restando a

quem apontou os fatos os caminhos do Poder Judiciário ou da Corregedoria da Secretaria da Fazenda.

Este órgão também não possui atribuição legal para apreciar o pedido de emissão de certidão negativa, que deve ser levado a efeito observando-se o quanto disposto nos artigos 103 a 106 do RPAF/99.

A competência, no Estado da Bahia, para que agentes de tributos fizessem lançamento tributário, decorreu da publicação da Lei nº 11.470/2009, que delegou aos mesmos o dever-poder de lavrar Auto de Infração, a partir de 1º de julho de 2009, nas hipóteses de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional (art. 1º, § 3º).

Assim, de acordo com o preceptivo supra, em relação a empresas não optantes do Simples Nacional, a única hipótese de agentes de tributos efetuarem lançamentos de ofício é na fiscalização de mercadorias em trânsito. Ou seja, a título de exemplo, no transporte ferroviário, aeroviário ou rodoviário, nas importações ou nas entradas e saídas dos estabelecimentos (carga e descarga).

Não foi o que ocorreu na situação em exame, onde, em virtude de irregularidades encontradas, cumprindo ordens do supervisor de denúncias, a autoridade autuante efetuou trabalhos de fiscalização no interior de uma sociedade empresária não optante do Simples Nacional, quando não estava ocorrendo trânsito de mercadorias, a exemplo de carga ou descarga, extrapolando desse modo os poderes que lhe foram concedidos pela Lei nº 11.470/2009.

Registre-se que a Procuradoria Geral do Estado, através do Parecer nº PA-PFF-091-2009, já se manifestou sobre a interpretação a ser conferida ao art. 1º da Lei nº 11.470/09, no sentido de que *“(...) considerando que a competência é regulada pela lei vigente na data em que deverá ser praticado o ato pelo agente administrativo, decorre que deverá ser aplicada a competência definida na Lei nº 11.470/09, considerando para tanto a situação cadastral do contribuinte no momento da realização do fato jurídico tributário, ou seja, durante o período objeto da fiscalização, (...)”*.

Portanto, antes de exarar qualquer determinação, formal ou não, através de ordem de serviço ou verbalmente, a autoridade responsável deveria ter pesquisado a situação cadastral do autuado, com o fim de saber se os titulares das investigações seriam agentes de tributos ou auditores fiscais.

Conforme expôs a conselheira Sandra Urânia da Silva Andrade no ACÓRDÃO CJF Nº 0296-11/10, *“enquanto a referida Lei fizer parte do mundo jurídico, por não ter sofrido até o momento qualquer pecha de inconstitucionalidade, que somente poderá ser declarada de forma definitiva por quem compete apreciar tal questão, no caso o Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, não pode este Conselho de Fazenda Estadual negar-lhe vigência, nos termos do art.167 do RPAF/BA (...)”*.

Concluo que legitimar a autuação objeto desta contenda – no sentido de não anulá-la - seria ir de encontro ao que foi acima exposto, em especial no ACÓRDÃO CJF Nº 0296-11/10, posto que todos os trabalhos de auditoria (termo de apreensão, contagem de estoque, levantamento de preços, análises documentais e das situações cadastrais, lançamento etc.) manifestaram desobediência explícita aos comandos da Lei nº 11.470/09.

É nulo o ato praticado por autoridade, servidor ou órgão incompetente (art. 18, I, RPAF/99).

Vencido que fui na votação sobre os pressupostos de validade do procedimento fiscal (nulidade), passo à análise do mérito da lide.

O Termo de Apreensão de fl. 10, que é o documento hábil para determinar a autoria e a materialidade dos fatos, assim como para delimitar o início da ação fiscal, guarda correspondência com a declaração dos estoques das mercadorias encontradas no estabelecimento.

Na sua defesa, o contribuinte alegou que os "valores unitários superam em muito o valor das notas fiscais apresentadas", não se compatibilizando com o art. 53, III do RICMS/97. Ocorre que no documento juntado à fl. 51, o mesmo, após ter sido intimado para fornecer preços, declarou que "nossa empresa não tem condições de fornecer os preços de venda, pois nossa relação com as empresas possuidoras das mercadorias é apenas de armazenagem e logística".

As autoridades fiscais juntaram ao Auto de Infração (fls. 22/50) Declaração de Preços coletados em diversos estabelecimentos, a exemplo da Perini (inscrição estadual 82.261.843), Wall Mart (inscrição estadual 68.090.489), Atacarejo (inscrição estadual 38.971.309) e outros.

Logo, a base de cálculo foi apurada em conformidade com os arts. 937/938 do RICMS/97 (preços no atacado + MVA ou preço no varejo, que foi o caso) com respaldo no art. 56 do mesmo diploma regulamentar.

Alegou também o defendente que o imposto deve ser exigido do emitente da nota fiscal inidônea, e não dele. É importante que seja observado que, na condição de detentor das mercadorias, a responsabilidade será atribuída ao autuado.

Ficou demonstrado que as notas fiscais de fls. 53 a 62 são documentos inidôneos, por não terem sido impressas na Gráfica Pituba, conforme atesta o escrito no verso da fl. 53. Portanto, as mercadorias apreendidas não estavam acompanhadas de documentos fiscal, ou se faziam acompanhar de documentos inidôneos.

Quanto à multa cominada, está prevista no art. 42, IV, "b" da Lei nº 7.014/96 e, por ter origem em descumprimento de obrigação principal, esta Junta não possui competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento, muito menos de declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual.

Infração caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade)**

Em que pese os fundamentos do nobre Relator, discordo do seu posicionamento quanto à nulidade acatada, sob o argumento de que o ato foi praticado por autoridade incompetente. O contribuinte alegou que os prepostos fiscais "são Fiscais de Trânsito de Mercadoria, não de estabelecimento" e sem ordem específica para fiscalizar a empresa.

Em primeiro lugar, cabe estabelecer a diferenciação entre a fiscalização realizada no estabelecimento (comércio, indústria, prestação de serviços) e de mercadorias em trânsito.

As atividades de fiscalização no estabelecimento objetivam recuperar o imposto que deixou de ser recolhido aos cofres públicos dentro do período de prescrição e decadência. Nesta situação são expedidas ordens de serviços específicas para cada estabelecimento e o preposto fiscal lavra Termo de Início de Fiscalização (ou outros procedimentos como intimação para apresentar documentos, arrecadação de documentos fiscais) antes de desenvolver roteiros de auditorias (verificação da utilização de créditos, recolhimento de ICMS-ST, movimentação física dos estoques, conta corrente do ICMS, importação, etc.).

Já nas ações de fiscalização de mercadorias em trânsito, são expedidas ordens de serviços para exercício de atividades em determinada área por um período específico (posto fiscal, estrada, região urbana). Tem como objetivo combater a prática de sonegação do ICMS, e de controle de circulação, empreendendo ações fiscais de verificação quanto à regularidade na condução de mercadorias ou estocagem. Nesta situação, são verificadas se as mercadorias conduzidas por proprietários ou transportadores estão acobertadas com documentação fiscal idônea, bem como se a estocagem das mercadorias possui documento fiscal correspondente. A ordem de serviço

expedida não especifica contribuinte, visto que a finalidade é verificar a regularidade das mercadorias em trânsito de todo e qualquer contribuinte ou responsável.

Na situação presente, os prepostos lotados na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito (IFMT METRO), mediante expedição de Ordem de Serviço para trabalho durante um mês, receberam a incumbência de realizar diligência às empresas SHOPP CHEESE COMÉRCIO DE FRIOS E LATICÍNIOS LTDA – IE 73.936.376 e MUSSURUNGA COMERCIAL – IE 85.359.424 para verificar se ambas funcionavam no mesmo endereço, ou seja, Rua Professor Plínio Garcez de Sena nº 53 bairro de Mussurunga, nesta capital. Lavraram Ficha de Localização de Contribuinte (FLC) indicando funcionamento da primeira e inexistência da segunda (fl. 80).

Identificada a estocagem de mercadorias, a fiscalização efetuou contagem de estoque conforme Declaração de Estoque devidamente assinada pelo representante da empresa, conforme documentos juntados às fls. 11/19, lavrou Termo de Ocorrência (fl. 71) e de Apreensão das Mercadorias nº 132220 em 27/08/10 (fl. 9). Na mesma data expediu intimação para apresentação das notas fiscais relativas às mercadorias estocadas relacionadas na Declaração de Estoques, para certificarem da sua regularidade e não tendo sido atendida, expediu outra intimação em 08/09/10 (fl. 70).

Foram apreendidas também, mediante Termo de Apreensão nº 132221 (fl. 10) doze talonários de notas fiscais de números 48155 a 48750 do estabelecimento autuado e com a apresentação das notas fiscais 47960, 47973, 47966 a 47982 supostamente emitidas pela empresa SHOPP CHEESE e 51, 52, 54 e 65 da empresa MUSSURUNGA COMERCIAL, em diligência posterior à empresa GRÁFICA EDITORA PITUBA LTDA – IE 53.819.194 a mesma declarou não ter impresso as notas fiscais da primeira e a RISOGRAFI REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA – IE 47.081.163 não foi encontrada no endereço cadastrado na Secretaria da Fazenda que supostamente teria impresso o da segunda empresa que não foi localizada no seu endereço.

Pelos fatos acima expostos restou comprovado que os trabalhos executados pelas autuantes decorrem da ação de fiscalização que identificou “estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documento falso ou inidôneo”, compatível com as atividades de fiscalização de mercadorias em trânsito, objetivando combater de imediato a sonegação e não ação de fiscalização em estabelecimento com finalidade de recuperar imposto não recolhido em prazo regulamentar.

Para isso, basta raciocinar que tendo a fiscalização de mercadorias em trânsito, em apuração de denúncia fiscal identificado estocagem de mercadorias em situação irregular, caso tivesse comunicado à administração fazendária para efetuar fiscalização com ordem de serviço por fiscal de estabelecimento, fato que ocorreria em mês subsequente, certamente, o contribuinte de posse de mercadorias estocadas sem documentação que a acobertasse ou com documentação fiscal inidônea, ao ser intimado para apresentar livros e documentos já teria procurado solução para as irregularidades identificadas (com apreensão das mercadorias e exigência do ICMS).

Convém ressaltar que o próprio autuado alegou que a fiscalização exigiu “a abertura da câmara fria para que realizasse a contagem física do estoque” o que veio a identificar estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal (ação de fiscalização de mercadorias em trânsito) e se contradiz ao afirmar que não é possível identificar mercadoria em estoque sem documentação fiscal “se elas não fizeram nenhum procedimento de uma auditoria de estoque?” (fl. 96 – que caracteriza fiscalização de estabelecimento).

Dessa forma, concluo que a ação fiscal é compatível com as atividades exercidas pelos prepostos lotados na fiscalização de mercadorias em trânsito, sendo, portanto, desenvolvida por agentes competentes. Por isso, não acato a nulidade suscitada e opino pela apreciação do mérito.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210660.0001/10-1**, lavrado contra **QUEIJOS FINOS INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 80.257,25**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/(VOTO VENCEDOR - PRELIMINAR DE NULIDADE)

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR/(VOTO VENCIDO – PRELIMINAR DE NULIDADE)

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR