

A.I. Nº - 110148.0076/11-1
AUTUADO - MARCELO ROQUE DE LIMA GAMA
AUTUANTE - IVANISE MATUTINO GONZALEZ
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 04. 05. 2012

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0075-01/12

EMENTA: ICMS. ESTOCAGEM DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. ESTABELECIMENTO NÃO INSCRITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A constatação pelo Fisco de existência de mercadorias estocadas em estabelecimento não inscrito, desacompanhadas dos documentos de aquisição implica na exigência do imposto. Infração subsistente. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/06/2011, exige do autuado ICMS no valor de R\$118.753,54, acrescido da multa de 100%, pela falta de recolhimento do ICMS decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia.

Na “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração consta que as mercadorias foram encontradas sendo comercializadas em estabelecimento sem inscrição estadual e desacompanhadas de notas fiscais. As mercadorias são as constantes no quadro de apuração de estoque, emitido por processamento eletrônico de dados e que reproduz em sua inteireza as quantidades dos produtos e suas descrições, conforme documento de declaração de estoque também em anexo, assinada pelo contribuinte no dia da ação fiscal.

Constam dos autos: Termo de Ocorrência, fls. 03 a 05, Quadro de Apuração de Estoque, fls. 06 a 09, Declaração de Estoque, fls. 10 a 15, Levantamento de Preços Correntes no Mercado, 16 a 22 e Termo de Intimação para apresentação das notas fiscais, fl. 23, todos constando a assinatura do autuado.

O autuado tomou ciência do Auto de Infração em 12/09/2011 e apresentou defesa tempestiva em 11/10/2011, fls. 30 a 36, alinhando as seguintes ponderações.

Diz que é empregado da empresa Junquie Jóias Comércio e Serviços LTDA., empresa devidamente inscrita neste estado sob o nº 009.284.836 PP e tem como atividade profissional a venda de artigos de joalheria e relojoaria.

Menciona que foi surpreendido em seu domicílio comercial com a lavratura de um termo de intimação, onde foi intimado a apresentar documentos e realizar sua inscrição estadual no Estado da Bahia, e de um termo de apreensão de mercadorias e documentos (cópia anexa), mercadorias estas que foram apreendidas e depositadas em nome de terceira pessoa, diga-se Pojuca S/A, a qual não tem qualquer relação com o autuado ou com a empresa para o qual trabalha.

Informa que ao dirigir-se à INFRAZ/METRO, órgão que realizou a fiscalização e elaborou os termos de intimação e apreensão os quais lhe foram entregues, cópia anexa, foi informado da existência de um prazo em aberto de 30 dias, que findaria no dia 12/10/2011 para apresentação de defesa, não lhe sendo fornecidas maiores informações sobre as referidas multas, tampouco o motivo de abertura de prazo para apresentação de defesa.

Observa que não foi cientificado ou intimado acerca do término da fiscalização ou da lavratura de qualquer auto de infração, sendo surpreendido com a existência das duas multas em seu nome ao

realizar consulta recente ao sistema da SEFAZ, tendo em vista que a fiscalização não retornou mais ao seu domicílio comercial. Acrescenta que tal situação, por si só, demonstra a irregularidade, ou melhor, a falta de intimação do autuado acerca da existência dos autos de infração, impedindo que o mesmo pudesse exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Discorre exaustivamente acerca dos princípios do contraditório e da ampla defesa com o propósito de demonstrar que não foram respeitados, transcreve lições de tributaristas pátrios para ilustrar sua pretensão. Prossegue, asseverando que bastava mera comunicação oficial, para que fosse informado acerca da existência de qualquer auto de infração a fim de permitir que ele se defendesse.

Ressalta que de acordo com o teor do art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal, impõe-se o cancelamento das multas aplicadas, para afastar o cerceamento de defesa, sendo esta a única forma de serem protegidos os seus direitos e garantias individuais, assegurando-lhe o direito de ter conhecimento dos autos de infração bem como reabertos os prazos para apresentação de defesa quanto ao mérito das eventuais autuações.

Sustenta que a intimação para apresentação de documentos já havia sido cumprida, tendo em vista que além das notas de remessa emitidas pela empresa para venda fora de seu estabelecimento que estavam em sua posse, já está devidamente inscrita na SEFAZ/BA, bem como já foi providenciado o emissor de cupom fiscal para as vendas ao consumidor final.

Destaca, ainda, que não existe qualquer prejuízo ao fisco, mesmo que em tese, tendo em vista que estava apenas montando a loja, inexistindo qualquer operação de venda que ensejasse recolhimento de ICMS.

Aponta ainda como irregularidade na lavratura do termo de depósito, o fato de que, ao invés dele que é empregado da empresa Junquie Jóias Comércio e Serviços LTDA ficar como depositário das mercadorias, a mesma foi depositada em nome de terceira pessoa, que não tem qualquer relação com a referida empresa ou com o autuado.

Observa que nem ele ou a empresa para qual trabalha pode se ver no risco de ter as mercadorias sujeitas a subtração por qualquer motivo que o valha, principalmente pela eventual falta de segurança no armazenamento das mesmas, ainda mais quando o próprio Estado se isenta de qualquer responsabilidade por tal fato, conforme consta no termo de depósito lavrado, fl. 05.

Por fim, diz ter demonstrado que não ocorreu irregularidade alguma acerca das mercadorias apreendidas, até porque a empresa proprietária já está devidamente inscrita no SEFAZ/BA e habilitada para realizar suas atividades comerciais, existindo motivo algum para se manter a apreensão.

Colaciona às fls. 38 a 41, cópias do “Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica”, [data de abertura 28/06/2001], “Consulta do cadastro da SEFAZ”, [data de inclusão 02/08/2011], fl. 53, e “Atestado Intervenção de Uso – ECF”, [emitido em 19/09/2011], todos em nome da empresa Junquie Jóias Comércio e Serviços LTDA.

Conclui afirmando que em decorrência do cerceamento de defesa decorrente da falta de intimação acerca do Auto de Infração requer o cancelamento das multas aplicadas e que seja intimado e reaberto o prazo de defesa para que possa se manifestar acerca do mérito da autuação.

Ao prestar informação fiscal, fls. 50 a 52, depois de transcrever sinteticamente as alegações apresentadas pela defesa apresentou as seguintes ponderações.

Diz que a autuação teve como base legal a constatação da comercialização de mercadorias em estabelecimento clandestino sem Inscrição Estadual e sem a emissão de documentos fiscais, conforme preceitua o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, fato confirmado no dia 27 de maio do corrente ano, quando da visita do fiscal autuante no estabelecimento do contribuinte acima identificado.

Depois de transcrever os artigos 36 e 39, inciso V, do RICMS/97, assevera que estabelecimento autuado foi localizado funcionando sem inscrição estadual e as mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, conforme consta nos documentos acostados ao processo, e por isso, foi efetuado o Levantamento de Estoque em Aberto das Mercadorias localizadas em local sem inscrição estadual e sem documentação fiscal, o qual estava funcionando normalmente.

Afirma que as mercadorias estavam sendo comercializadas normalmente, tendo em vista que os preços utilizados para efeito de base de cálculo, foram os colacionados a cada uma das peças que estavam sendo comercializadas.

Esclarece que por ocasião da constatação da irregularidade foi lavrada Intimação Fiscal, fl. 23, com o prazo de quarenta e oito horas, para que o contribuinte comparecesse na Unidade Fiscal para apresentação de toda documentação fiscal de entrada das mercadorias encontradas, do documento de Inscrição do estabelecimento e dos talonários fiscais de venda de produtos.

Destaca que como o autuado não se pronunciou acerca da intimação, até o dia 07 de junho de 2011, foi lavrado o presente Auto de Infração, o qual foi encaminhado ao setor de Atendimento da Inspetoria de Trânsito Metropolitana. Prossegue afirmando que, conforme pode ser comprovado através dos documentos acostados aos autos, apesar da Intimação Fiscal considerar como prazo para a apresentação dos documentos solicitados quarenta e oito horas, somente foi efetivada a lavratura do Auto de Infração, aproximadamente dez dias após a data de ciência pelo autuado na respectiva intimação.

Diz que não procede também a alegação defensiva de que desconhecia da ação fiscal uma vez que a empresa JUNQUIE JÓIAS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA, estabelecida na cidade de São Paulo-SP, através sua sócia Carin Lucia Kirschner Mofarrej, passou Procuração dando poderes para os advogados Valdo Jacó Spinola Filho e Fernando Caló Viana, fls. 26 e 27, representarem-na junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, com a finalidade dentre outras, para requerer e dar vistas aos autos de infração. Arremata que, devidamente revestido dos poderes conferidos na procuração acima citada, o advogado da empresa compareceu à sede da Inspetoria de Trânsito Metropolitana no dia 12 de setembro, tomando ciência da ação fiscal, sendo então a partir desse momento iniciado o prazo para pagamento do ICMS ou a contestação do Auto de Infração. Assim assevera que são descabidas as argumentações defensivas de que não tomou ciência da ação fiscal, pois, conforme demonstrado os advogados da empresa tomaram ciência da ação fiscal regularmente, e, dentro do respectivo prazo legal apresentaram a contestação objeto da presente informação em nome do autuado, detentor das mercadorias apreendidas.

Menciona que a alegação da cobrança de duas ações fiscais não procede, pois uma refere-se ao Auto de Infração resultante da cobrança do ICMS correspondente ao valor total das mercadorias sem documentação fiscal encontradas em local clandestino, enquanto que o valor da segunda cobrança corresponde a 2% (dois por cento) sobre o Auto de Infração das mercadorias sem documentação fiscal que, por se tratar de Jóias, o RICMS prevê a cobrança de adicional a Fundo de Pobreza sobre o valor total do ICMS levantado na Infração Principal.

Esclarece que ao afirmar que apenas estava iniciando a atividade comercial, na realidade, o autuado está tentando distorcer a realidade dos fatos. Acrescenta que a alegação é facilmente derrubada tendo em vista que conforme cópia da Intimação lavrada em 24 de outubro do corrente, fl. 54, através da qual solicitou da empresa Pojuca S/A, CNPJ 13.250.998/0001-24, proprietária do imóvel onde está instalada a empresa autuada, que forneça cópia do contrato de locação firmado por ambas.

Acrescenta ainda que, conforme cópia do contrato de locação fornecido pela proprietária do imóvel, fls. 55 e 56, comprova-se que a empresa JUNQUIE JOIAS COMERCIO E SERVIÇOS LTDA, CNPJ 05.842.326/0001-80, com sede na Cidade de São Paulo, firmou Memorando de Entendimento no dia 07 de dezembro do ano de 2009, através de sua sócia Carin Lucia Kirschner Mofarrej, denominada de Momussk, passando a explorar o ramo comercial de jóias, bijuterias e artigos finos de presente.

Salienta que somente no dia 02 de agosto de 2011, a empresa Junquie Jóias Comércio e Serviços, regularizou sua situação junto à Secretaria da Fazenda Estadual, com a efetivação da Inscrição Estadual.

Diz que da análise do contrato de locação apresentado, confirma-se que durante aproximadamente dois anos o contribuinte funcionou na clandestinidade, sem pagar nenhum imposto sobre as vendas dos produtos comercializados no Estado da Bahia.

Ressalta que não é verdadeira a afirmação da defesa de que anexou cópias das notas fiscais de origem das mercadorias, pois ao analisar as peças dos autos, especificamente os documentos acostados junto com a contestação, se confirma que nenhuma documentação fiscal foi apresentada.

Conclui mantendo a ação fiscal.

Em manifestação acerca da informação fiscal, fls. 60 a 62, o autuado, além de manter as alegações já alinhadas em sua impugnação, acrescentou os seguintes argumentos.

Afirma que as mercadorias apreendidas sempre tiveram sob sua guarda.

Observa que não há que se falar em estabelecimento clandestino uma vez que a empresa possui sede própria e que as mercadorias foram enviadas para seu representante comercial para serem vendidas fora de seu estabelecimento, no caso, o Hotel Tivoli, conforme é permitido pela legislação. Aduz ainda que as vendas estavam sendo realizadas em caráter experimental para verificar a viabilidade da abertura de uma filial na Bahia e informa que já obteve a inscrição estadual e licença para funcionamento, em razão de seu intuito de continuidade da realização das atividades no estado da Bahia.

Destaca que, ao contrário do que informou o autuante, não foi celebrado contrato de locação algum entre sua empresa e a Pojuca S/A, observando que se trata de um memorando de entendimentos. Diz que o referido documento comprova cabalmente a sua atuação em caráter experimental de vendas de mercadorias fora de seu estabelecimento para testar a viabilidade abertura de uma filial.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente, pelos fatos alegados e, caso não seja assim entendido pelos julgadores, solicita que seja reduzida a multa aplicada em razão de desproporcionalidade com a realidade e de sua capacidade econômica.

O autuado presta nova informação fiscal, fls. 65 a 67, reiterando todas as ponderações já apresentadas na informação anteriormente prestada, acrescentando as seguintes observações.

Esclarece que as mercadorias ficaram sob a responsabilidade da empresa Pojuca S.A. por exigência da Legislação Tributária do Estado da Bahia para que as mercadorias fiquem sob a guarda do contribuinte inscrito, no entanto as mercadorias realmente estavam em poder do representante da empresa autuada, uma vez que no próprio Termo de Apreensão consta a assinatura do detentor das mercadorias apreendidas.

Observa também que a Legislação Estadual permite ao contribuinte de outras Unidades Federativas, comercializar mercadorias em nosso estado. Entretanto, nenhum tributo fora recolhido ao estado da Bahia, assim como qualquer documento fiscal fora apresentado no ato da ação fiscal, bem como no momento da protocolização da Defesa.

Diz que é verídica a afirmação da defesa de que estava anexando cópias das notas fiscais de origem das mercadorias, tendo em vista que exame dos documentos acostados junto com a contestação, fls. 37 a 44, confirma-se que nenhuma documentação fiscal foi apresentada.

Assevera não cabe a justificativa de existir apenas um documento denominado de memorando de entendimento para que a empresa realizasse operações comerciais em caráter experimental. Acrescenta que o “Memorando de Entendimento” fora firmado desde o dia 07 de dezembro do ano de 2009 entre a Junquie Jóias e Pojuca S/A, tem o mesmo efeito de contrato de locação, tendo em vista as condições e os prazos estabelecidos no documento, pois especifica o percentual a ser pago sobre as vendas realizadas a título de contrapartida pela liberação do espaço para a comercialização

das jóias e determina o prazo de um ano a ser renovado por iniciativa das partes, como se vê, substitui perfeitamente um contrato de locação. Destaca que, conforme pode ser comprovado através do “Memorando de Entendimento”, há quase dois anos que a empresa vem comercializando clandestinamente jóias e demais objetos do ramo, sem pagar um centavo de imposto ao Estado da Bahia, sendo assim, não há de se falar em caráter experimental, uma vez que, o contribuinte apenas providenciou sua Inscrição Estadual após ser autuada pela fiscalização, caso isso não ocorresse quem garante que a empresa hoje estaria legalizada em nosso estado.

Por fim, o contribuinte afirma em sua defesa que já possui Inscrição Estadual no Estado da Bahia, no entanto, conforme constam dos autos, fl. 53, a Inscrição Estadual do contribuinte somente fora regularizada em 02 de agosto do ano de 2011, ou seja, três meses após ter início a ação fiscal.

Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, apesar das persistentes alegações do autuado ao suscitar preliminar de nulidade por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não deve prosperar a sua pretensão. Saliento que não há nos autos qualquer indício de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, nem mesmo ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que o procedimento fiscal não violou as disposições legais pertinentes, a infração foi descrita de forma clara e precisa, a apuração das irregularidades está embasada em Termo de Apreensão de Mercadorias, demonstrativos de apuração de estoque e dos preços, cujos conteúdos foram devidamente chancelados com a aposição das assinaturas do autuado, evidenciando seu inteiro conhecimento do teor e do rito processual que se encontrava submetido. Além do que, transcorrido o prazo concedido para apresentação das notas fiscais atinentes às mercadorias apreendidas é que fora lavrado o Auto de Infração devidamente assinado e recebido pelo autuado que impugnou o lançamento, dentro do prazo legal demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

No mérito o Auto de Infração em lide cuida de irregularidade atribuída ao autuado, detentor das mercadorias por ocasião da ação fiscal, em decorrência de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS, desacompanhadas de documentação fiscal.

Destaco que a lavratura do Auto de Infração contra a pessoa de Marcelo Roque de Lima Gama que detinha a posse das mercadorias por ocasião da ação fiscal afigura-se em perfeita consonância com o art. 39 do RICMS/97 em razão da inequívoca constatação de que as mercadorias, objeto da autuação, foram encontradas pela Fiscalização em estabelecimento não inscrito, localizado na Av. do Farol, Tivoli Resort, Loja 1 em Praia do Forte – Mata de São João, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias, fl. 05, portanto, correto o lançamento em nome do detentor da mercadoria em situação irregular.

Assim, o fulcro da autuação se materializa no fato de que a fiscalização encontrou em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, portanto, clandestino, mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal exigível.

É indubidoso que a existência de mercadorias estocadas em estabelecimento não inscrito se constitui em infração à legislação do ICMS, porém, é indispensável que se verifique se a infração decorre de descumprimento de obrigação principal ou acessória.

Isto porque, se a mercadoria mesmo estando estocada em estabelecimento não inscrito estiver comprovadamente acompanhada da documentação fiscal correspondente, não há que se falar em descumprimento de obrigação principal para exigência do imposto. Situação essa em que a falta de inscrição se constitui em mero descumprimento de obrigação acessória, descabendo a exigência do imposto, sendo aplicável multa pela inobservância da obrigação acessória.

No presente caso, constato que, apesar de intimado para apresentar as notas fiscais das mercadorias constantes da Auditoria de Estoque, em 27/05/2011, fl. 23, portanto, antes da lavratura do Auto de Infração que ocorreu em 12/09/2011, fls. 01 e 27, verso, o autuado não atendeu a intimação. Ou seja, não apresentou as notas fiscais que acobertariam as mercadorias estocadas, a fim de permitir a verificação pela Fiscalização, nem tampouco apresentou as alegadas Notas Fiscais de Remessa para realização de vendas fora de seu estabelecimento.

Ademais, mesmo que sem inscrição estadual, caso as notas fiscais tivessem sido emitidas tendo como destinatário o autuado no endereço clandestino, seria possível comprovar a efetiva correspondência entre os documentos fiscais e as mercadorias estocadas.

É certo que a alegação defensiva de que, por estar montando a loja e não se encontrar de posse da documentação não significa dizer que as mercadorias estavam em situação irregular, tendo em vista que providenciava sua inscrição na SEFAZ enquanto a loja era montada, não pode ser considerada para relevar o cometimento da infração. Isto porque, a legislação do ICMS exige que antes de iniciar as suas atividades o empresário se inscreva no cadastro de contribuintes do ICMS, consoante o art. 150, do RICMS/BA. Ademais, o § 1º desse mesmo dispositivo regulamentar, dispõe expressamente que o estabelecimento não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS será considerado clandestino, ressalvados os casos em que seja dispensada a inscrição cadastral.

Em relação às cópias do “Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica”, [data de abertura 28/06/2001], “Consulta do cadastro da SEFAZ”, [data de inclusão 02/08/2011], fl. 53, e “Atestado Intervenção de Uso – ECF”, [emitido em 19/09/2011], todos em nome da empresa Junquie Jóias Comércio e Serviços LTDA. colacionadas às fls. 38 a 41, pelo autuado constata-se que foram emitidos em datas posteriores à 27/05/2011, portanto, após o inicio da ação fiscal. Assim, resta claramente comprovado nos autos que a empresa arrolada na defesa como proprietária das mercadorias apreendidas ainda não havia sido regularmente implantada e legalizada nesse Estado.

Verifico também que a multa indicada no Auto de Infração deve ser mantida por estar devidamente expressa na alínea “j” do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96, sendo perfeitamente aplicável ao presente caso. Por falta de previsão legal não deve ser atendido o pedido de redução pela desproporcionalidade com a realidade e capacidade econômica como requereu o autuado.

Diante do exposto, considero integralmente subsistente a autuação.

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 **110148.0076/11-1**, lavrado contra **MARCELO ROQUE DE LIMA GAMA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$118.753,54**, 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, 11 de abril de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR