

A. I. N° - 232122.0229/12-3
AUTUADO - WALDECIR CARLOS NEVES
AUTUANTE - EDMUNDO SILVA COSTA
ORIGEM - IFMT SUL
INTERNET - 09/04/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0087-03/13

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. ESTABELECIMENTO NÃO INSCRITO. [MERCADORIAS SEM NOTA FISCAL.] LANÇAMENTO DO IMPOSTO. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Reduzido o valor da exigência em decorrência do confisco de parte da mercadoria por Autoridade Policial, por se originar de roubo e devolver a empresa seguradora, mediante lavratura de Auto de Depósito. Infração parcialmente subsistente. Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/08/12, acusa falta de recolhimento de ICMS decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes, sendo lançado tributo no valor de R\$19.481,10, com multa de 100%.

Consta na Descrição dos Fatos que “... em diligência fiscal solicitada pelo Inspetor Fazendário de Teixeira de Freitas, Sr. Hamilton de Oliveira dos Reis, e, acompanhado do Delegado de Polícia Dr. Marcos Antonio da 6^a Coorpin, constatei a existência de um depósito clandestino de mercadorias no endereço constante, onde se apresentou como responsável o Sr. WALDECIR CARLOS NEVES, que se disse proprietário das mesmas que ali se encontram sem Nota Fiscal, sendo estas: 415 scs café conilon tipo 7; 18 fds açúcar cristal; 20 fds feijão carioquinha; 65 scs farelo de milho; 40 fds trigo para kibe; 15 fds milho branco para canjica, e 15 fds milho vermelho para canjica. As demais mercadorias, arroladas no anexo TERMO DE APREENSÃO n° 038483, constante nas Notas Fiscais, n°s 00092, 0093, e 00094, inclusas, apresentadas pelo autuado, não se compõem objeto dessa autuação.”

O contribuinte apresenta impugnação parcial do Auto de Infração, fls. 22 a 28, por meio de advogado com procuraçāo à fl. 29, refutando a acusação fiscal, tão-somente, em relação ao item “CAFÉ CRU GRĀO PIL.”, que integra o rol das mercadorias apreendidas, nos termos a seguir sintetizados.

Afirma que não pode ser autuado em relação ao item “CAFÉ CRU GRĀO PIL.”, tendo em vista que não é o contribuinte do imposto, uma vez que a mercadoria foi retirada de sua posse pela Autoridade Policial, o Delegado de Polícia Civil Marco Antonio de Oliveira Neves, na data de 30 de agosto de 2012, fl. 31, e colocada em depósito nas mãos da empresa Fox Reguladora de Sinistro Ltda. - ME, CNPJ n° 00.398.777/0001-56, localizada na Avenida Deputado Emílio Carlos, n° 293, Limão, São Paulo, Estado de São Paulo, tendo em vista que segundo a Autoridade Policial a mercadoria era produto de roubo e o recorrente era receptador, tendo inclusive lavrado flagrante em crime de receptação e o recorrente ficado preso pelo período de quatro dias, até conseguir judicialmente a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança.

Diz que no seu entender o contribuinte do imposto deve ser a empresa Fox Reguladora de Sinistro Ltda. - ME, que é a proprietária da mercadoria, segundo o que foi apurado até o momento.

Friza que se a empresa Fox Reguladora de Sinistro Ltda. - ME é a proprietária da mercadoria, por certo o imposto já foi recolhido, o que torna a autuação um *bis in idem*, ou seja, uma dupla tributação, o que ao seu juízo e perante o direito é uma prática ilegal por parte do fisco.

Sustenta que por tudo o quanto foi relatado e apurado até o momento, o Auto de Infração deve ser parcialmente anulado e excluído o imposto sobre CAFÉ TIPO 7 EM GRÃO BENEFICIADO, por todos os motivos de fato e de direito elencados, bem como diante das provas acostadas, por ser medida de direito e de justiça no caso concreto, ante o erro e a precipitação da autoridade fazendária na apuração dos fatos que ensejaram a autuação.

Pondera que as autoridades fiscais ao lavrarem Autos de Infração fundamentados somente nos dispositivos unilaterais, em decorrência da falta de pagamento do ICMS que deixou de ser retido pelo contribuinte, praticam Erro de Direito que acarreta a nulidade insanável deste ato administrativo. Esclarece que o Erro de Direito tem origem no erro do critério jurídico - fundamento - utilizado pelas autoridades fiscais para legitimar a autuação, uma vez que, como ato administrativo, esta somente terá validade quando for praticada conforme a legislação aplicável.

Ressalta que a unanimidade dos Ministros da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal já decidiram que o Erro de Direito não autoriza a retificação do Lançamento efetuado - autuação é uma espécie de Lançamento -, confirmado a tese de que a existência desse equívoco não garante ulterior revisão mas, apenas, a nulidade do ato administrativo praticado

Reproduz fragmento de texto sobre a nulidade insanável do Lançamento efetuado em vista da ocorrência de Erro de Direito para revelar o entendimento de ilustres juristas do Direito Tributário. Prossegue assinalando que o Erro de Direito cometido nas autuações fiscais também acarreta a nulidade desses atos administrativos por afronta ao Princípio da Legalidade, pela inexistência de fundamento jurídico necessário para dar-lhes o devido embasamento legal.

Destaca que o caput, do art. 37 da Constituição Federal de 1988 - CF/88, determina como um dos princípios da administração pública e atributo necessário do ato administrativo o respeito ao Princípio da Legalidade. Prossegue asseverando que, além disto, a Lei Maior e o próprio Código Tributário Nacional - CTN estabelecem que os tributos devem ser exigidos na forma da lei, sem a qual será inconstitucional e ilegal a sua cobrança, assim como deve ser a atividade administrativa do Lançamento vinculada as previsões legais, nos termos do inciso II, do art. 5º e inciso I do art. 150, ambos da CF/88, e inciso I do art. 97 e parágrafo único do art. 142 do CTN.

Ressalta que tais exigências têm por objetivo garantir ao administrado que anteveja a adequação do Lançamento realizado as normas jurídicas vigentes no ordenamento, principalmente quanto a procedência da exigência do tributo objeto da autuação lavrada e a sua responsabilidade. Arremata aduzindo que o resultado dessa assertiva, é a nulidade das autuações lavradas contra as empresas Substituídas, por terem sido praticadas sem o arcabouço da legalidade em vista do Erro de Direito cometido. Para corroborar sua explanação sobre o tema traz a colação considerações do jurista, Gilberto de Ulhôa Canto, e reproduz trecho de ementas de decisões do Conselho de Contribuintes da Receita Federal do Brasil.

Discorre sobre o princípio da motivação - falta dos motivos de direito, para revelar que um dos elementos necessários do Lançamento Tributário como ato administrativo é a motivação pela descrição exata e precisa dos motivos de fato e de direito que lhe serviram de fundamento, a falta desses motivos resulta a prática de ato administrativo imotivado e, consequentemente, sem motivação, acarretando a sua nulidade insanável.

Realça a importância dos motivos na formação e no controle do ato administrativo, cujo reconhecimento restou materializado pelo Legislador pátrio que inseriu entre as causas de nulidade

dos atos administrativos, a inexistência de motivos de acordo com o art. 2º da Lei nº. 4.717/65, “Atos cujos motivos não estejam ao alcance de seus destinatários é ato nulo”.

Conclui requerendo a procedência parcial do Auto de Infração excluindo-se o imposto sobre a mercadoria CAFÉ TIPO 7 EM GRÃO BENEFICIADO.

O autuante presta informação, fls. 40 a 44, mantendo a autuação nos seguintes termos.

Inicialmente informa que a Fazenda Pública Estadual tomou conhecimento, por meio de informação pessoal do Sr. Delegado de Polícia Civil, Dr. Marcos Antônio, da 8ª COORPIN-Teixeira de Freitas-BA, que havia conforme foi constatado *in loco* a existência de um depósito clandestino de mercadorias, no endereço constante dos autos.

Destaca que ao realizar a diligência encontrou presente no local o Sr. Waldecir Carlos Neves, identificado nos autos, que se autodenominou ser o responsável pelo depósito não inscrito e proprietário das mercadorias, inclusive as existentes sem nota fiscal, conforme descritas nos respectivos Termos de Ocorrência Fiscal, fl. 05, e de Apreensão de Mercadorias e Documentos, fl. 09.

Ressalta, por outro lado dever de ofício, ser lavrado ato contínuo, Auto de Infração contra o mesmo atuado, aplicando-lhe cobrança do ICMS devido e acréscimos tributários sobre as mercadorias constantes das Notas Fiscais, nºs 92, 93, e 94, inclusas, as quais se tratam de mercadorias existentes em depósito não inscrito, com infringência ao disposto nos §§ 1º e 2º do Art. 2º do Decreto, nº 13.780 de 16 de março 2012, que instituiu o vigente Regulamento do ICMS-BA/97, que não compuseram naquele ato, objeto do presente auto de infração.

Assinala que o autuado, neste ato, foi alcançado por possuir estocado em depósito, mercadorias para comercialização, sem Nota Fiscal, conforme anexo Demonstrativo de Débito, fl. 03, quais sejam em suas respectivas quantidades e alíquotas do ICMS aplicáveis: Farelo de Milho, 65 sc, Feijão carioquinha, 20 sc, Açúcar cristal 18 fd, Café tipo 7 em Grão beneficiado, 415 sc/60kg, Trigo para Kibe 40 fd. Milho canjica 15 fd, e Milho canjica vermelho 15 fd.

Depois de sintetizar as alegações apresentadas pelo impugnante alinhou os seguintes pontos com o objetivo de manter a acusação fiscal.

Diz entender que não se coadunam as argumentações defensivas apresentadas com o fato tributável ocorrido e que resta impertinente a defesa alegar vícios de nulidade insanável que não há por suposto ferimento às vias jurídicas da constitucionalidade, ou por equivocada arguição de ilegalidade ou ferimento a qualquer dos princípios da legalidade do ato administrativo.

Esclarece que se tratam de mercadorias tributáveis para comercialização, estocadas sem nota fiscal, e postas à venda em estabelecimento não inscrito. Acrescenta que as provas incontestes dessa infração fiscal, praticada pelo autuado contra a Fazenda Pública, encontram-se limpidamente materializada nos autos, constatada na presente ação fiscal, realizado conforme descrito nos Termos de Ocorrências e de Apreensão colacionados aos autos, assim como igualmente se encontra na identificação civil do autuado, constante nas Notas Fiscais dos produtos: 100 fd. Açúcar cristal 1kg - Nota Fiscal, nº 92, fl. 10; 500 fd. Feijão carioca do ponto 30x10, Nota Fiscal, nº 93, fl.11 e 660 sc milho sc, Nota Fiscal, nº 94, fl.12. Prossegue esclarecendo que essas notas fiscais foram emitidas pela então empresa *Comercial Líder* “F. PIRES SALETO-ME”, esta, que nos autos se encontra enquadrada na condição de INAPTIDÃO, conforme FLC - fl.18. Arremata assegurando que as mercadorias autuadas destinavam-se a comercialização, sem estarem devidamente legalizada por idôneas Notas Fiscais de entradas.

Diz que não se sustenta a alegação da defesa de falta ao princípio da motivação por falta dos motivos de direito. Assinala que manter mercadorias em estoque, sem Nota Fiscal, em estabelecimento comercial não inscrito, é mais do que suficientes motivos para ensejar, de plano, ação fiscal e ou até policial, como assim ocorreu com o autuado, nos presentes autos.

Menciona que o argumento de que a mercadoria CAFÉ TIPO 7 EM GRÃO BENEFICIADO, conforme consta do presente feito, trata-se de objeto de furto, ou de roubo, não restou devidamente provado nos autos, que referido produto, mesmo que objeto de aquisição ilícita pelo autuado, se encontrava respaldado pela existência de Nota Fiscal originária, como propriedade de outrem que não daquele em cuja posse a mercadoria se encontrava.

Afirma que a função fiscalizadora da Fazenda Pública, teve por finalidade assegurar o cumprimento obrigacional do contribuinte, deste não praticar a evasão tributária por meio da sonegação ou fraude fiscal. Assevera que uma das causas desse ilícito é a falta de emissão da Nota Fiscal, nas operações comerciais de compra e venda de mercadorias.

Frisa não ser suficiente o argumento da defesa autuado de ter a mercadoria CAFÉ TIPO 7 EM GRÃO BENEFICIADO sido objeto de furto ou roubo, e por isto, retirada da posse e guarda do autuado, pela autoridade policial, sem formalizar comunicação obrigatória com a Secretaria da Fazenda, que constituiu mediante Termo de Apreensão nº 038483, o autuado por fiel depositário, e haver entregue referida mercadoria, conforme cita a defesa, fls. 23, à empresa Fox Reguladora de Sinistro Ltda., impedindo assim à Fazenda Pública conhecer da existência legal da operação fiscal realizada com esta mercadoria. Acrescenta ressaltando que, foi por ato de denúncia da autoridade policial, que a Fazenda Pública conheceu e praticou a autuação fiscal, sobre todas as mercadorias encontradas sem Nota Fiscal, na posse do autuado.

Informa que a constituição do autuado por fiel depositário, pela Fazenda Pública, teve por garantia, primeiramente, estar o mesmo àquele momento, no exercício e gozo de sua liberdade, na posse de todas as mercadorias no local onde as mesmas se encontravam, identificado esse local pelo Contrato de Locação de Imóvel Urbano, que possui como Locatário a pessoa física do autuado, conforme assim consta da cópia deste documento, fls. 13.

Arremata esclarecendo que, em relação à mercadoria 415 SACAS DE CAFÉ DE 60kg cada, TIPO 7 EM GRÃO BENEFICIADO não restou provado o recolhimento do imposto devido e inexistindo nos autos nota fiscal alguma de sua origem e circulação desta mercadoria, ratifica os termos de sustentação fiscal do presente feito.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente refuto inteiramente a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo sob a alegação da falta de motivação e de ofensa ao princípio da legalidade. Observo que as circunstâncias e a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foram explicitados de forma objetiva e compreensível, foram indicados os dispositivos legais infringidos e da multa sugerida, relativamente às irregularidades apuradas, tanto é assim que o autuado demonstrou em sua impugnação total entendimento dos motivos que estava sendo acusado. Constatou também que ocorreu qualquer violação ao devido processo legal e da ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os demonstrativos e documentos acostados aos autos e devidamente entregues ao sujeito passivo.

Assim, resta patente que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o crédito tributário objeto do Auto de Infração, ora em lide, cuida da falta de recolhimento de ICMS decorrente de estocagem de mercadorias sem documentação fiscal em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes.

Consoante consta no Termo de Apreensão nº 038483, fl. e no Demonstrativo de Débito, fl. 03, as mercadorias apreendidas sem documentação fiscal que resultaram na exigência objeto da

acusação fiscal são as seguintes: Farelo de Milho, 65 sc; Feijão carioquinha, 20 sc; Açúcar cristal 18 fd; Café tipo 7 em Grão beneficiado, 415 sc/60kg; Trigo para Kibe 40 fd; Milho canjica 15 fd, e Milho canjica vermelho 15 fd, tendo sido lavrado o Termo de Depósito em nome do autuado, fl. 06, e sob sua custódia ficaram as mercadorias apreendidas.

O autuado em sua impugnação somente questionou a exigência atinente ao item, “Café tipo 7 em Grão beneficiado, 415 sc/60kg”, sob a alegação de que essa mercadoria foi retirada de sua posse pela Autoridade Policial, o Delegado de Polícia Civil, Dr. Marco Antonio de Oliveira Neves, na data de 30 de agosto de 2012, que lavrou o Auto de Depósito fl. 31, por ter sido objeto de furto, retirando as mercadorias de sua guarda e entregando ao representante da empresa Fox Reguladora de Sinistro Ltda., que assumiu o compromisso de fiel depositário.

Logo, tendo em vista que inexiste qualquer dúvida nos autos em relação à apuração da exigência fiscal em relação a todas as mercadorias apreendidas, eis que alicerçados devidamente no Termo de Apreensão, Cotação de Preço, fls. 07 e 08, para apuração da correta base de cálculo e Demonstrativo de apuração e Débito, fls. 03 e 04, a única questão a ser dirimida nos presentes autos é se as 415 sc de Café tipo 7 em Grão beneficiado devem ser excluídas da exigência fiscal por terem sido, depois de lavrado o presente Auto de Infração, confiscado pela autoridade policial e entregue ao representante da empresa Fox Reguladora de Sinistro Ltda.

Ao examinar os elementos que instruem os autos, no que tange especificamente as 415 sc de Café tipo 7 em Grão beneficiado, constato que essa mercadoria, desde o inicio da ação fiscal, deflagrada que fora por iniciativa da Autoridade Policial, certamente já se encontrava sob investigação policial para apuração de sua origem, possivelmente decorrente de roubo. Isto significa dizer que, enquanto não apurar se definitivamente através do competente inquérito policial a verdadeiro proprietário ou detentor dessas mercadorias não é possível definir o sujeito passivo para se exigir o imposto devido.

Restou comprovado nos autos que por força da competência investigativa da Polícia Judiciária, a Autoridade Policial confiscou as mercadorias que se encontrava sob a custódia do autuado, mediante a lavratura de Auto de Depósito, e entregou a novo fiel depositário sob as penas da Lei.

Logo, entendo que o autuado deve ser desonerado da responsabilidade que lhe fora imposta mediante a lavratura do presente Auto de Infração em relação a essas mercadorias, haja vista que o concurso da ação policial descharacterizou de forma indelével a sua condição de detentor das ditas mercadorias apreendidas. Neste contexto, em razão de ter sido entregue a mercadoria ao representante da seguradora como sendo ela a proprietária, fica patente que a responsabilidade tributária do autuado deixou de existir, deslocando-se, assim, para a seguradora a obrigação pelo pagamento de algum tributo, se houver.

No tocante as mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais de nºs 92, 93 e 94 emitidas pela empresa inapta no cadastro, F. Pires Saleto, cujas exigências fiscais decorrentes das irregularidades constatadas não foram incluídas no presente Auto de Infração, também represento a autoridade fazendária para que seja avaliada a necessidade de realizar uma ação fiscal no sentido de apurar as irregularidades.

Assim, diante do acima exposto, concluo pela subsistência parcial da autuação que, com a exclusão da exigência atinente às mercadorias confiscadas do autuado pela Autoridade Policial, remanesce no valor de R\$1.138,10.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232122.0229/12-3, lavrado

contra **WALDECIR CARLOS NEVES**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.138,10**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – JULGADOR