

A. I. N° - 210563.1102/12-2
AUTUADO - NESTOR ACCO
AUTUANTES - JOSÉ CARLOS FRISSE e EMANOEL MESSIAS ALVES COELHO
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 30/07/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0106-05/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. BASE DE CÁLCULO. ARBITRAMENTO. ILEGALIDADE. Incerteza quanto ao valor do imposto a ser lançado – arbitramento da base de cálculo do tributo efetuado sem observância da previsão normativa específica (art. 938, V, “b”, do RICMS). Vício jurídico substancial. Ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária. Precedentes deste Conselho: Súmula CONSEF n° 1. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 06/11/2012, diz respeito à falta de recolhimento do ICMS decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte estocava 140 (cento e quarenta) colchões de diversos modelos das marcas ORTOBOM e GAZI e R\$1.485,00 (hum mil quatrocentos e sessenta e cinco) mts de tecidos para estofaria (J. Serrano) de diversas larguras, em estabelecimento não inscrito no CAD-ICMS/BA, estabelecimento este, conforme contrato (em anexo) locado pelo autuado. Base de cálculo obtida conforme preço fornecido/praticado pelo depositário fiel. ICMS lançado: R\$7.832,75. Multa: 100%.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 12/17/64) alegando inicialmente ser um empresário individual do ramo de venda de colchões e outros produtos similares. No dia da lavratura do Auto de Infração os agentes fiscais após invadirem o estabelecimento sem a sua autorização verificaram a existência de produtos estocados e após verificação nos documentos solicitados não encontraram irregularidade, porém, o acusaram de falta de recolhimento do ICMS decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia. Naquela ocasião foi informado pelos prepostos do Fisco que como não agiu com dolo ou fraude teria uma redução no valor da multa, porém ao Posto de Atendimento de Porto Seguro foi surpreendido com a informação que não teria mais tal benefício.

Aduz ser nulo o Auto de Infração pelos seguintes motivos:

1. Ser exorbitante a multa aplicada de 100%, de acordo com diversos precedentes do STF, ferindo o princípio da vedação do confisco, previsto no artigo 150, IV da CF/1998;
2. Não ocorrência do fato gerador do ICMS, descrito no inciso II do art. 155 da Constituição Federal, que transcreveu, tendo em vista a falta de preenchimento do conceito jurídico de "circulação", pois em se tratando de empresário individual, não existe a distinção entre os bens da pessoa física coma jurídica e não houve transferência de titularidade. Ressalta que o imposto já foi pago na saída dos bens do estabelecimento onde se realizou a compra.

Conclui pela nulidade do Auto de Infração e consequentemente a exigência do referido tributo e multa. Caso não seja este o entendimento requer a isenção da multa total ou parcial, em virtude da sua boa-fé.

O autuante que prestou informação (fls. 38a 43) após descrever a autuação e um resumo da defesa entende que a preliminar apontada pelo autuado não pode subsistir pois o acesso a estabelecimento, além de um direito do Fisco, é uma obrigação daqueles que desenvolvem atividades comerciais, além de ser obrigatória a sua inscrição junto aos cadastros fazendários. Acrescenta que o autuado não traz aos autos qualquer prova e truculência ou excesso, supostamente cometidos pelos agentes fiscais, ônus que lhe caberia, já que alega.

Diz não proceder a argumentação de que a multa é confiscatória configurando ofensa ao seu direito de propriedade pois o dispositivo constitucional citado pelo contribuinte (art. 150, IV da Carta Magna) é dirigido para o legislador ao criar tributos, porém o legislativo achou por bem estabelecer o parâmetro da multa para esses casos em 100%, até como desestímulo a atos de sonegação como os praticados pelo autuado.

Ressalta que o estabelecimento onde foram encontradas as mercadorias, desacompanhadas de documentação fiscal, não possui inscrição estadual, ferindo o disposto no art. 34, inciso I da Lei nº 7.014/96, daí surgindo a obrigação tributária, estando plenamente configurado o fato gerador e a responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido, por força do dispõe o art. 6º II, "c" inciso IV da Lei nº 7.014/96, reforçado pelo art. 8º, § 4º "b" da mesma Lei. Salienta que, de acordo com o art. 318 III, e no § 3º do Regulamento do ICMS, para esses casos é aplicado o regime de apuração sumária, sendo exigível imediatamente o imposto.

Quanto a alegada boa fé do autuado, esta, mesmo que reconhecida, não tem o condão de elidir a infração cometida, ao teor do que dispõe o art. 40 § 2º da Lei nº 7.014/96. Prossegue dizendo que a pretensa redução da multa se mostra inviável pela legislação vigente, veda que o enquadramento da infração cometida não está contemplada no disposto no art. 45 da Lei nº 7.014/96.

Considera que o autuado não apresentou nenhum documento que comprove a origem bem como qualquer pagamento efetuado que possa reverter a acusação, pois ao contrário reconhece a infração ao afirmar que se dirigiu à repartição fiscal para o pagamento do PAF, só não o fazendo por não gozar da redução da multa.

Opina pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento em discussão cuida da irregularidade atribuída ao autuado, decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no CAD-ICMS desacompanhadas de documentação fiscal.

Consoante consta da Descrição dos Fatos o contribuinte estocava 140 (cento e quarenta) colchões de diversos modelos das marcas ORTOBOM e GAZI e 1.485,00 (hum mil quatrocentos e sessenta e cinco) mts de tecidos para estofaria (J. Serrano) de diversas larguras, em estabelecimento não inscrito no CAD-ICMS/BA, estabelecimento este, conforme contrato (em anexo) locado pelo autuado. Base de Cálculo obtida conforme preço fornecido/praticado pelo depositário Fiel.

Nestes termos, resta evidenciado que a base de cálculo foi apurada conforme preços fornecidos pelo próprio autuado, contrariando expressamente o disposto no inciso V do art. 22 da Lei nº 7.014/96 a seguir transcrito, que estabelece a forma como deve o fisco proceder no tocante ao arbitramento da base de cálculo do tributo, quando são encontradas mercadorias em trânsito desacompanhadas de documento fiscal, ficando de todo afastada a possibilidade de os preços serem obtidos mediante declaração do próprio autuado.

Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:

.....

V - na fiscalização do trânsito:

a) para fins de cobrança do imposto por antecipação, relativamente ao valor adicionado, estando as mercadorias acompanhadas de documentação fiscal, depois de adicionadas ao custo real as parcelas do IPI, fretes, carretos e outras despesas que hajam onerado o custo, será acrescentado, a título de lucro, o percentual correspondente, fixado em regulamento;

b) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:

1 - o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual de margem de lucro correspondente, fixado em regulamento; ou

2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;

Com efeito, a legislação prevê que a fiscalização adote o preço de venda a varejo no “local da ocorrência” (logradouro, bairro ou cidade), e não “no estabelecimento” do infrator, como foi o caso.

Ademais, de acordo com os documentos anexados ao PAF, observo ainda que apesar da fiscalização ter informado que os preços foram fornecidos/praticados pelo depositário fiel, não foi anexado nenhum documento comprovando os valores considerados na Planilha à fl. 06 que apurou a base de cálculo e imposto exigido no Auto de Infração. Assim sendo, falta ao lançamento o elemento principal, que é a prova da coleta de preços na forma prevista na legislação.

De acordo com a Súmula nº 1 deste Conselho de Fazenda, é nulo o Auto de Infração que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Há, portanto, nestes autos, um vício jurídico substancial. Não se trata de questão “meramente” formal. A questão suscitada diz respeito à estrita legalidade do lançamento tributário, pois envolve a base de cálculo do tributo, não havendo certeza quanto ao valor do imposto a ser lançado. Represento à autoridade competente para que examine se há possibilidade de nova fiscalização no estabelecimento do contribuinte, objetivando resguardar os interesses do Estado, a salvo de falhas, a teor do disposto no art. 21 do RPAF/99.

Assim, de ofício, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210563.1102/12-2**, lavrado contra **NESTOR ACCO**. Representa-se à autoridade competente para que examine se há possibilidade de nova fiscalização no estabelecimento do contribuinte, objetivando resguardar os interesses do Estado, a salvo de falhas, a teor do disposto no art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA