

A. I. N° - 200571.0030/13-6  
AUTUADO - JUDITH ALVES CARNEIRO - ME  
AUTUANTES - DIMAS ALVES MARINHO  
- JACKSON FERNANDES DE BRITO  
ORIGEM - IFMT – DAT SUL  
INTERNET - 10.09.2014

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0173-02/14**

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. MERCADORIAS EM ESTOQUE SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE DO LANÇAMENTO. Provado que não houve interceptação de mercadorias em trânsito, fato que somente se caracterizaria se as mercadorias apreendidas se encontrassem em uma situação no tempo cujo momento fosse posterior à saída do estabelecimento e anterior à entrada em seu destino, o que não é o caso, pois as mercadorias se encontravam estocadas em estabelecimento regularmente inscrito na condição de normal. Método levado a termo pelos autuantes caracterizou-se como um levantamento quantitativo de estoques, em aberto, roteiro de auditoria peculiar à fiscalização de comércio, cuja competência o Código Tributário do Estado da Bahia somente atribuiu aos Agentes de Tributos relativamente às ME e EPP optantes pelo simples nacional, nos termos do art. 107 e seu § 3º, não aplicável em relação aos estabelecimentos cadastrados na condição de normal. Infração nula. Represento à autoridade competente para renovação do procedimento, tendo em vista que a nulidade decorreu de vício formal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/10/2013, exige ICMS no montante de R\$21.065,72 em decorrência da seguinte infração

Infração 01 - 50.02.02: Estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documento falso ou inidôneo, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia, no dia 16/10/2013. Valor da infração: R\$ 21.065,72. Multa proposta de 100% do valor do imposto. Consta do campo “Descrição dos Fatos”: “Mercadorias encontradas estocadas no estabelecimento do contribuinte, desacobertadas de documento fiscal, situação constatada através do confronto das notas fiscais de compras das mercadorias e o estoque existente, levando-se em conta a existência de notas de compra com data de fabricação posterior a data do ultimo inventário.”

Constam dos autos: Termo de Ocorrência Fiscal (folhas 05 a 06); Termo de Apreensão de Mercadorias (folha 07); Declaração de Estoque (folhas 08 a 12); Lista de Preços de Produtos (folhas 16 a 18); cópias de documentos fiscais (folhas 19 a 44); Termo de Intimação da Lavratura do AI e respectivo AR (folha 46, frente e verso); Impugnação (folhas 48 a 61); informação fiscal (folhas 66 a 67); Termo de Intimação ao sujeito passivo e respectivo AR (folhas 70 e 71).

A autuada apresenta impugnação às folhas 48 a 61, mediante a qual contesta o presente lançamento, apresentando as razões a seguir.

Leciona que a Constituição Brasileira e as leis infraconstitucionais fundamentais, que lhe seguem, atribuem encargos deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível. Prossegue, afirmando que o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis, pois assim como as pessoas são inteiramente livres para agir desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente, o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador.

Cita trecho da Revista dos Tribunais, para apoiar a tese de que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal.

Advoga que a atuação do órgão fiscal, na cobrança dos tributos a seu encargo, portanto, não se envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal, que, também, não é parte credora de uma relação jurídica. Prossegue, lecionando que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos, pois a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade.

Assim, conclui, afirmando que a função fiscal, exercício do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal. É por isso, deduz, que o caso “sub examine”, devido a vícios que possui, levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

Quanto às mercadorias apuradas no levantamento do fisco referente a 400 fardos de açúcar Cristal (Pérola 30 kg Fab 10/09/13), alega que as mesmas se encontram acobertadas conforme nota fiscal de nº 68037, cuja emissão é de 12/09/2013. Alega que, realmente, a nota fiscal é posterior sim, pois o produto deve ser fabricado para depois ser vendido, neste caso não poderia ser anterior à data de fabricação, portanto neste item o produto Açúcar se encontra totalmente acobertado.

Com referencia ao produto Vinho (catuaba selvagem 12x11 validade 11/09/16), alega que o mesmo se encontra acobertado de documento fiscal conforme Nota Fiscal de nº 000161209, cuja emissão é de 29/07/2013, portanto nesta infração não existe valores a recolher.

Com referencia ao produto Conhaque (Presidente, 6x1 fab; 26/06/13), alega que o mesmo se encontra acobertado de documentação fiscal conforme Nota Fiscal de nº 000272075, cuja emissão é de 14/08/2013, portanto nesta infração não existe valores a recolher.

Por todo o exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a autuada requer, que este Egrégio Conselho decrete a nulidade total do auto de infração em tela, acolhendo as preliminares arguidas, por ser de direito e da mais lídima justiça.

Todavia, caso assim não entenda este eminente órgão colegiado, a autuada postula pela improcedência do auto de infração 200571.0026/13-9 pelas razões de defesa expostas.

Termos em que, pede deferimento.

A informação fiscal, às folha 66 a 67, tece as considerações a seguir.

Ressalta, inicialmente, que, em momento nenhum, o contribuinte contesta a autuação, o que já demonstra o acerto do presente auto de infração. Afirma que a peça defensiva unicamente requer

que sejam acatadas as notas fiscais que faz juntar às fls. 58 a 60, para que estas venham a acobertar, parcialmente, o estoque encontrado.

Alega que não merece acolhimento a totalidade da argumentação trazida à baila na peça defensiva. É que, explica, o DANFE 272075, juntado com a defesa (fls. 58), já havia sido considerado no momento da apuração do estoque, estando inclusive anexado ao auto de infração às fls. 24, sendo o imposto exigido, exatamente sobre a diferença apurada entre o estoque e os documentos de entrada, estando as mercadorias constantes do DANFE apontado já incluso na apuração, pelo que, o seu acatamento nesta fase, seria considerá-lo em duplidade.

Informa que acolhe a argumentação defensiva quanto aos outros dois itens, catuaba selvagem (304 cx) e açúcar Cristal Perola 30 kg fab 10/09/2013, para excluí-los da exigência fiscal. Refaz o demonstrativo de débito, reduzindo o ICMS lançado de R\$ 21.065,72 para R\$ 15.168,64.

Diante do exposto, alega que dúvidas não há sobre o acerto da autuação, já que o autuado não logrou êxito em comprovar a origem da totalidade das mercadorias estocadas, pelo que, se requer seja o presente auto de infração julgado procedente em parte.

Intimada acerca do refazimento do demonstrativo de débito às folhas 70 e 71, a autuada silenciou-se.

Esse é o relatório.

## VOTO

Examinando as peças do presente processo é possível constatar que se trata de um auto de infração lavrado a partir de mercadorias encontradas no interior do estabelecimento do contribuinte, conforme se pode depreender da leitura da “Descrição dos Fatos”, à folha 01, cujo teor vai reproduzido abaixo.

“Mercadorias encontradas estocadas no estabelecimento do contribuinte (grifos acrescidos), desacobertadas de documento fiscal, situação constatada através do confronto das notas fiscais de compras das mercadorias e o estoque existente, levando-se em conta a existência de nota de compra com data de emissão posterior à data de fabricação dos produtos, considerados apenas os produtos com data de fabricação posterior a data do último inventário.”

Na descrição do tipo infracional (folha 01), nota-se, também, que o estabelecimento, onde se encontravam as mercadorias estocadas, possui inscrição regular no cadastro estadual, conforme abaixo.

“Estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documento falso ou inidôneo, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia (grifos acrescidos).”

Diante disso, a primeira conclusão a que se pode chegar é no sentido de que não houve interceptação de mercadorias em trânsito, fato que somente se caracterizaria se as mercadorias apreendidas se encontrassem em uma situação no tempo cujo momento fosse posterior à saída do estabelecimento e anterior à entrada em seu destino, o que não é o caso.

De fato, as mercadorias objeto do presente lançamento se encontravam estocadas no interior de um estabelecimento regularmente inscrito, em um estágio, no tempo, posterior à chegada ao seu destino, circunstância corroborada pelos documentos acostados aos autos.

Sendo assim, a única circunstância que poderia legitimar a atuação da Inspetoria de Trânsito, neste caso, seria a condição de estabelecimento não inscrito, do destinatário, fato que possibilitaria a apreensão de toda a mercadoria estocada, sob a fundamentação de se encontrarem em situação irregular.

Não foi isso, contudo, o que ocorreu, pois os autuantes promoveram a comparação dos estoques com todos os documentos fiscais de compra apresentados pelo estabelecimento, conforme se pode deduzir da leitura de trecho da informação fiscal, à folha 67, abaixo transcrito.

“... sendo o imposto exigido, exatamente sobre a diferença apurada entre o estoque e os documentos de entrada, estando as mercadorias constantes do DANFE apontado já incluso na apuração, pelo que, o seu acatamento nesta fase, seria considerá-lo em duplicidade.”

De um total de 75 (setenta e cinco) itens declarados em estoque (folhas 08 a 12), apenas 09 (nove) foram objetos da autuação, pois somente em relação a estes a fiscalização não encontrou documentação que lhe comprovasse a origem. Por isso, lavrou o auto de infração pela diferença entre as mercadorias estocadas e as notas fiscais de compra, conforme declararam os próprios autuantes.

A própria informação fiscal, à folha 52, acolhe mais dois documentos nº 161209, de 29/07/2013, e 272075, de 14/08/2013, apresentados pela defesa quando da impugnação, conforme se pode depreender da leitura do trecho em destaque.

“Assim, acolhemos a argumentação defensiva quanto aos outros dois itens, CATUABA SELVAGEM (304 cx) e AÇUCAR CRISTAL PEROLA 30 KG FAB 10/09/2013, para excluí-los da exigência fiscal, ...”

Assim, forçoso é concluir que as mercadorias não se encontravam desacompanhadas de documentação fiscal, conclusão a que se chegou somente após a sua confrontação com os documentos apresentados, levantando-se as diferenças.

Ora, a metodologia levada a termo pelo autuantes caracterizou-se como um levantamento quantitativo de estoques, em aberto, roteiro de auditoria peculiar à fiscalização de comércio, cuja competência o Código Tributário do Estado da Bahia atribuiu aos Auditores Fiscais e aos Agentes de Tributos, nos termos do art. 107 e seus parágrafos, abaixo transcritos.

“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

...

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional (grifos acrescidos).”

Como se pode ver, a competência dos Agentes de Tributos para constituição de créditos tributários, no âmbito da fiscalização de comércio, limita-se às microempresa e empresa de pequeno porte. Não abrange, contudo, todos esses estabelecimentos, mas apenas aqueles optantes pelo simples nacional.

Embora o estabelecimento autuado possua, em sua denominação social, o sufixo “ME”, possui a condição cadastral de “NORMAL”, desde abril de 2009, sendo legítimo deduzir que não é optante pelo simples nacional, já que as duas condições são incompatíveis, nos termos do inciso IV do art. 2º da Lei Complementar 123/06, abaixo reproduzido *in verbis*:

“Art. 2º Inscrever-se-ão no Cadastro de Contribuintes, antes de iniciarem suas atividades:

I - na condição de MICROEMPRESA, o contribuinte que se enquadre como tal nos termos do Capítulo II da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

II - na condição de EMPRESA DE PEQUENO PORTE, o contribuinte que se enquadre como tal nos termos do Capítulo II da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

III - na condição de SUBSTITUTO, os contribuintes de outra unidade da Federação que efetuarem remessas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária para contribuintes estabelecidos no Estado da Bahia, observado o disposto em convênios e protocolos dos quais a Bahia seja signatária;

IV - na condição de NORMAL, os demais contribuintes que não se enquadrem nas opções anteriores.”

Assim, os contribuintes inscritos na condição de “NORMAL” não gozam do tratamento tributário peculiar às empresas optantes pelo simples nacional.

Por isso, é forçoso concluir que os autuantes não possuíam competência legal para a prática do ato administrativo traduzido como “constituição do crédito tributário” no âmbito do estabelecimento autuado, do que decorre a nulidade do auto de infração lavrado.

Represento à autoridade competente para que renove o lançamento, tendo em vista que a nulidade ora decretada decorreu de vício formal, nos termos do art. 173, inciso II do CTN.

Diante do exposto, julgo NULO o auto de infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **200571.0030/13-6**, lavrado em face da empresa **JUDITH ALVES CARNEIRO - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

JOAO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR