

A. I. N° - 210436.1095/16-3
AUTUADO - PAULO ANTONIO PEREIRA
AUTUANTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28.04.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JFJ Nº 0047-02/17

EMENTA: ICMS. ESTOCAGEM DE MERCADORIA DESACOMPANHADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. ESTABELECIMENTO NÃO INSCRITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Considera-se em situação irregular, nos termos do art. 40, § 4º, da Lei nº 7.014/96, a mercadoria estocada em estabelecimento não inscrito e sem documentação que comprove sua origem ou o pagamento do imposto devido. No caso, não restou comprovado nos autos, que o autuado era o detentor das mercadorias, não sendo devido atribuir-lhe a responsabilidade pela ocorrência, impondo sua nulidade por ilegitimidade passiva. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração acima epigrafado, foi lavrado em 16/06/2016, contra o autuado para exigir o ICMS no valor de R\$34.614,23, acrescido de multa no percentual de 100%, sob a acusação de “*Falta de recolhimento do ICMS decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia.*”. Foram dados como infringidos os artigos 5º, 8º, § 4º, inciso I, alínea “b” e art. 32 da Lei nº 7.014/96 C/C artigo 332, inciso III, alínea “d” do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, e aplicada a multa prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96. Tudo conforme documentos às fls. 3 a 32 dos autos.

Foi consignado no campo “Descrição dos Fatos” que:

“EM DATA E HORA ACIMA CITADA, VERIFICAMOS A SEGUINTE IRREGULARIDADE: EM VISITA AO ESTABELECIMENTO SUPRA CITADO VERIFICOU-SE QUE ESTAVA EM FUNCIONAMENTO SEM INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE CONTRIBUINTE DO ICMS DO ESTADO DA BAHIA. FOI REALIZADA CONTAGEM DE ESTOQUE CONSTATANDO A EXISTÊNCIA DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. REFAZIMENTO DA AÇÃO FISCAL DE ACORDO CJF Nº 0111-11/14”

Conforme documento do SIGAT à fl. 36, o contribuinte foi cientificado da autuação em 12/07/2016, e através do Processo SIPRO nº 149790/2016-7, datado de 25/08/2016, fls. 36A a 38, tempestivamente, apresenta sua defesa administrativa, na qual, após analisar os fatos que originaram o presente lançamento tributário, aduz que, conforme se verifica, o auto de infração objeto deste processo foi lavrado em virtude do refazimento da Ação Fiscal de acordo com o Acórdão CJF nº 0111-11/14, que julgou nulo o Auto de Infração nº 210436.0003/11-7 – lavrado contra Paulo Antonio Pereira.

Ressalta que no voto do referido julgamento, ficou descaracterizado o Sr. Paulo Antônio Pereira como sócio da empresa responsável pelas mercadorias e muito menos o legitima para figurar no polo passivo da presente relação tributária – acrescentando:

“ ... Ainda que fosse aplicada a solidariedade ao detentor das mercadorias, não restou provado que o Recorrente estava presente no momento da autuação, por onde se conclui que naquele momento ele não detinha a posse das mercadorias.

Não há como atribuir responsabilidade ao Recorrente na estocagem das mercadorias, pois não há provas contundentes que levem à conexão entre a detenção das mercadorias e o Recorrente, o que nos leva à ilegitimidade passiva do recorrente para figurar como responsável pela conduta infratora, ocasionando a nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18, do RPAF/99. ...”

Com base nisso, requer que seja julgado NULO o Auto de Infração em epigrafe.

Através do Processo SIPRO nº 216125/2016-2, a autuante, às fls. 51 a 56 dos autos, presta informação fiscal, e informa que se dirigiu até o endereço do autuado e encontrou mercadorias estocadas sem documentação fiscal. Diante deste fato, observa que a peça vestibular é bem clara sobre o assunto, pois restou caracterizada “estocagem de mercadorias desacompanhada de documentação fiscal”.

Destaca que o autuado invoca outra linha de defesa no sentido de desqualificar a ação fiscal, sem contudo, recolher o ICMS devido ao Estado da Bahia, tentando fazer crer que a operação tributada seria não tributada.

Frisa que a questão principal se resume na definição da condição do autuado como contribuinte ou não do ICMS, razão pela qual menciona a definição dada pela Lei nº 7014/96, em seu artigo 5º “*in verbis*”:

“Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.”

Esclarece que a ação fiscal foi em virtude de apurar uma denúncia e de inibir a prática que implica em concorrência desleal com contribuintes realmente inscritos no Cadastro Estadual.

Transcreve os artigos 149 e 150, IV, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, para mostrar que os contribuintes dos tributos estaduais sujeitam-se à inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado e à prestação de informações exigidas pela Administração Tributária.

Destaca, ainda, que a matéria é tratada de forma pormenorizada no Decreto nº 6.284/97 que, reproduzindo o mandamento legal e regulamentar previsto no Art. 191, inciso I, estabelece que a Secretaria da Fazenda poderá exigir:

“I - o preenchimento de requisitos específicos estabelecidos em dispositivos legais federais, estaduais ou municipais, segundo a categoria, o grupo ou o setor de atividades em que se enquadrar o contribuinte; incluindo-se entre os obrigados à inscrição: os comerciantes, os produtores rurais, os industriais, e as demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado que pratiquem, em nome próprio ou de terceiros, operações ou prestação sujeitas à tributação do ICMS.”

Chama a atenção à redação do dispositivo em comento que o rol ali fixado é meramente exemplificativo, estando sujeito à inscrição no cadastro estadual qualquer pessoa física ou jurídica que pratique operações ou prestações de serviços sujeitas à incidência do ICMS.

No mesmo sentido, ressalta a norma prevista no Art. 178 do mesmo Regulamento, que vem a ser o Documento de Identificação Eletrônico – DIE, que servirá como documento de identificação do estabelecimento, será emitido em seu inteiro teor ou na forma de extrato, mediante acesso público no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br/>, sempre que realizar aquisições de mercadorias ou contratar serviços de transporte ou de comunicação e, ainda, exibi-la a repartição fazendária, quando a esta se dirigir.

Salienta que, visando combater a informalidade e simplificar os atos de controle e fiscalização pertinentes a pequenos contribuintes do ICMS, o Regulamento do ICMS estabelece em seu artigo Art. 394 que:

“A pessoa física, sem estabelecimento permanente, que exerça pessoalmente atividade de comércio varejista de pequena capacidade contributiva, cujo valor das aquisições de mercadorias no ano anterior seja igual ou inferior a R\$36.000,00 (trinta e seis mil reais) poderá requerer sua inscrição como ambulante.”

E que, o § 2º do artigo 2º do mesmo diploma legal reza: o ICMS incide sobre: ... II - o fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

Comenta que por meio do referido dispositivo legal, é permitido o cadastramento no regime tributário simplificado, de pessoa natural que realiza, pessoalmente, operações relativas à circulação de mercadorias. Ou seja, que: o contribuinte cadastrado no regime simplificado fica desobrigado da escrituração de livros fiscais; a Administração Pública rege-se, ainda, pelo

princípio da isonomia tributária, segundo o qual é vedado o tratamento desigual a contribuintes que se encontrem em situação de equivalência.

Feitas as considerações acima, sustenta que:

- a legislação tributária estadual é expressa no sentido de determinar a obrigatoriedade de inscrição no cadastro de contribuintes do estado - para o contribuinte, pessoa física ou jurídica, que pratica operações ou prestações de serviço sujeitas à incidência do ICMS;
- a despeito de não existir norma expressa, proibindo a venda de mercadorias para comercialização, por contribuinte do ICMS, não inscrito no Cadastro Estadual, depreende-se da legislação tributária que ao realizar tal operação o contribuinte regular está contribuindo para a prática da disseminação da informalidade, podendo ser responsabilizado pelo pagamento de tributo e penalidades pecuniárias devidos pelo contribuinte em situação fiscal irregular;
- a legislação tributária estabelece para pequenos contribuintes o regime tributário simplificado, observadas as demais obrigações acessórias, bem como o regime diferenciado aplicável à microempresa e à empresa de pequeno porte para aqueles contribuintes estabelecidos que não se enquadram no regime tributário simplificado;
- a Administração Pública, regida pelos princípios previstos no art. 37 da CF/88, em especial, legalidade e moralidade, não pode, de forma alguma, atestar a regularidade de venda de mercadorias a contribuintes do ICMS, não inscritos no cadastro de contribuintes ou em situação fiscal irregular, sob pena de negar validade à legislação tributária estadual, bem como aos princípios da legalidade, moralidade e isonomia tributária. Como a nobre junta considerou nulo o Auto em questão efetuamos o refazimento da ação fiscal. Como a administração fazendária não permite que efetuamos a apreensão de mercadorias deixamos o próprio contribuinte em uma das suas diversas empresas com a posse dos produtos como fiel depositária das mercadorias. Para comprovar que o mesmo era e é sócio das empresas anexamos um redy copy com a relação de todas empresas do quadro societário do estabelecimento (anexos I e II).

Conclui que, mediante interpretação sistemática da legislação tributária e com fundamento nos princípios que regem a Administração Pública, apesar de não existir vedação expressa na legislação tributária no sentido de proibir a venda de mercadorias a contribuinte não inscrito no cadastro de contribuintes ou em situação fiscal irregular, a Administração não pode atestar a regularidade da operação ou prestação praticada com tais contribuintes, sob pena de negar validade a legislação tributária estadual e infringir princípios básicos da Administração Pública, tais como legalidade, moralidade e isonomia tributária, fomentando a informalidade, quando, na realidade, a Administração Pública deve buscar o desenvolvimento econômico dentro da legalidade e da formalidade.

E que, não obstante, se, ainda assim, houver vendas de mercadorias para contribuintes de ICMS, não inscritos no cadastro estadual ou em situação fiscal irregular, o contribuinte que assim proceder responde por solidariedade, no que tange aos débitos pertencentes ao contribuinte não inscrito ou em situação fiscal irregular, nos termos do art. 6º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96.

Manteve integralmente sua ação fiscal.

VOTO

De acordo com as peças que instruem a autuação, em 04/11/2011 foi lavrado o Auto de Infração de nº 210436.0003/11-7 sendo citado como Autuado o Sr. Paulo Antonio Pereira (pessoa física), cujo referido Auto de Infração foi julgado procedente através do Acórdão JF nº 0044-01/13, com base na conclusão de que o autuado era o sujeito passivo da obrigação tributária, e em face da estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal em estabelecimento não inscrito no Cadastro Fazendário, enquadrando a infração no art. 40, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

Após apresentação de Recurso Voluntário, de acordo com a decisão Acórdão CJF nº 111-11/14 a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), por unanimidade, PROVEU o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida, e julgou NULO o Auto de Infração nº 210436.0003/11-7, cuja decisão, foi com base no seguinte entendimento:

NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. É do detentor das mercadorias estocadas em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário. No caso, não restou comprovado nos autos, que o Recorrente era o detentor das mercadorias, não sendo devido atribuir-lhe a responsabilidade pela ocorrência, impondo sua nulidade por ilegitimidade passiva. Modificada a Decisão recorrida.

Portanto, o presente processo corresponde a um novo lançamento pelo fato de o Auto de Infração nº 210436.000/11-7 ter sido julgado nulo pela 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), através do Acórdão CJF nº 0111-11/14, com base no entendimento que o autuado era ilegítimo para figurar no polo passivo da obrigação tributária principal, recomendando à autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, desde que observado o período decadencial.

Em cumprimento ao aludido Acórdão, constitui objeto do presente processo, a imputação de falta de recolhimento do ICMS, em razão da constatação dos produtos listados às fls. 10 a 28 dos autos, encontrados estocados em estabelecimento funcionando na Avenida ACM, Shopping Itaipara, Loja 02, Térreo, Salvador/Bahia, sem inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, desacompanhados de documentação fiscal de origem.

Preliminarmente, no que tange ao prazo decadencial para o lançamento tributário, considerando que se trata de lançamento decorrente de anulação da ação fiscal originária datada de 04/11/2011, incorreu a decadência do fato gerador neste processo.

No presente Auto de Infração, está sendo exigido do autuado imposto por responsabilidade solidária, em razão da estocagem em estabelecimento clandestino (sem inscrição estadual), e sem documentação fiscal, de diversas mercadorias.

O lançamento do crédito tributário sob o aspecto estritamente formal, encontra respaldo na legislação tributária estadual, reguladora da matéria, identificado e cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária, aplicada a norma legal vigente no período fiscalizado, descrita com clareza a infração fiscal praticada, proposta a penalidade cabível e assegurado ao autuado, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, face ao princípio jurídico do contraditório, que assegura às partes litigantes amplo direito de defesa.

Exercendo seu direito de defesa neste processo, o autuado suscita a nulidade do procedimento fiscal, argumentando que no julgamento do processo anulado, foi considerado ilegítimo para figurar no polo passivo da presente relação tributária.

Portanto, a decisão da lide se resume exclusivamente se o autuado neste processo pode figurar como detentor das mercadorias e, por conseguinte, como responsável solidário para pagamento do imposto sobre as mercadorias objeto da autuação.

Observo que não existe discussão sobre as mercadorias relacionadas na Declaração de Estoque às fls. 14 a 25, nem tampouco que as mesmas se encontravam no endereço localizado na Avenida ACM, 656, Shopping Itaipara, Loja 2, em um estabelecimento sem inscrição no cadastro da Secretaria da Fazenda, desacompanhadas da respectiva documentação fiscal. Também constato que não há impugnação sobre os valores apurados e que foram objeto das planilhas às fls. 5 a 12, e 26 a 28.

Portanto, tratando primeiramente das questões prejudiciais, passo a fundamentar as razões que me levaram a não rejeitar as preliminares de nulidade "ab initio" do processo por erro na identificação do sujeito passivo e por cerceamento do direito de defesa, todas arguidas pelo sujeito passivo neste processo pelo impugnante.

Quanto às preliminares de cerceamento do direito de defesa e ilegitimidade passiva, porque a imposição fiscal aplicada ao caso não condiz com o fato ocorrido, não merecem ser rejeitadas, pelos seguintes motivos:

- O processo de fiscalização em trânsito é de impacto e instantâneo, logo, estando irregular a mercadoria, no ato da ação fiscal, o representante do Fisco deverá por disposição legal, lavrar o respectivo auto de infração de constituição do crédito tributário em nome de quem tiver o poder das mercadorias.

Como dito acima, verifico que, apesar dos documentos de formalização do crédito tributário conterem todos os requisitos estabelecidos na legislação tributária, de fato, conforme suscitada na defesa, houve erro de identificação do sujeito passivo, já que as mercadorias foram encontradas em um estabelecimento, que apesar de não inscrito no cadastro da SEFAZ/Bahia, quem era a detentora das mercadorias era a empresa que funcionava no endereço onde foram encontradas as mercadorias, não obstante em situação irregular.

O sujeito passivo da obrigação principal, segundo dispõe o art. 121 do CTN, "*é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária*", podendo este ser contribuinte ou responsável, nestes termos: *1 - Contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;*

Como a questão tratada neste item está afeta ao julgamento que resultou no Acórdão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal sob o número CJF nº 111-11/14, que ensejou a nulidade do auto de infração nº 210436.0003/11-7, há de se ressaltar que adotar-se-á os mesmos fundamentos expostos no referido julgamento para uma decisão neste processo, que abaixo recorto e transcrevo parte da aludida decisão, a saber:

(...)

Pelos documentos acostado aos autos observo que nos termos em que se encontra lavrado, o presente Auto de Infração não pode prosperar, uma vez que aponta sujeição passiva contra pessoa estranha à infração, pois equivocadamente constituiu o crédito em face de um terceiro, sem ter restado provado que o mesmo era o detentor das mercadorias.

As referidas mercadorias estavam no estabelecimento comercial da V&F – Cosméticos e Perfumes da Bahia Ltda., que apesar de não possuir inscrição estadual, era a real detentora das mercadorias.

O art. 6º da Lei nº 7.014/96 determina que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto devido pelo contribuinte de direito qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.

Nos presentes autos, não há qualquer documento que conduzam a conclusão de que o Recorrente estava no estabelecimento no momento da autuação, para que fosse considerado detentor das mercadorias e assim pudesse ser responsabilizado solidariamente pelo pagamento do imposto.

O Termo de Apreensão de Mercadorias e documentos acostado à fl. 11 indicam como detentora das mercadorias apreendidas a Sra. Anick Andrade Cunha, representando a V&F – Cosméticos e Perfumes da Bahia Ltda.

Nesta senda, o Termo de Intimação fora assinado pela Sra. Evely Mary Oliveira de Santana, sendo esta também quem assinou a declaração de estoque de fls. 12/23, que relaciona as mercadorias que foram apreendidas.

Em seu Recurso, o Recorrente anexa às fls. 379/390 cópia da 9ª alteração e consolidação contratual da sociedade V&F– Cosméticos e Perfumes da Bahia Ltda., datada de 04 de outubro de 2011 e registrado na Junta Comercial do Estado da Bahia em 19 de dezembro de 2011, onde consta como sócios da referida empresa os Srs. Henrique de Freitas Alves Pinto e César Martinez Correa.

Por seu turno, colaciona também às fls. 391/401, cópia da 8ª alteração e consolidação contratual da sociedade V&F– Cosméticos e Perfumes da Bahia Ltda., datada de 18 de agosto de 2011 e registrado na Junta Comercial do Estado da Bahia em 13 de outubro de 2011, onde consta como sócios da referida empresa apenas o Sr. Henrique de Freitas Alves Pinto.

Ato contínuo, consta às fls. 79/87, contrato de locação do imóvel, o qual se encontra sem inscrição estadual (Shopping Itaipara), cuja locatária é a própria V&F– Cosméticos e Perfumes da Bahia Ltda.

Entendo que o fato do Recorrente figurar como responsável legal da empresa no contrato de locação não o torna sócio da referida empresa e muito menos o legítima para figurar no pólo passivo da presente relação tributária.

Na verdade se o contrato de locação foi feito em nome da V&F– Cosméticos e Perfumes da Bahia Ltda., que independente de não possuir inscrição estadual, tem personalidade jurídica, esta sim era a possuidora das mercadorias autuadas.

Ainda que fosse aplicada a solidariedade ao detentor das mercadorias, não restou provado que o Recorrente estava presente no momento da autuação, por onde se conclui que naquele momento ele não detinha a posse das mercadorias.

Não há como atribuir responsabilidade ao Recorrente na estocagem das mercadorias, pois não há provas contundentes que levem à conexão entre a detenção das mercadorias e o Recorrente, o que nos leva à ilegitimidade passiva do Recorrente para figurar como responsável pela conduta infratora, ocasionando a nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18, do RPAF/99.

(...)”

Portanto, observo que a fiscalização neste processo repetiu seu entendimento lavrando o presente o presente auto de infração em nome de Paulo Antonio Pereira (pessoa física), em completo descompasso com a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF/Bahia, acima transcrita, cuja decisão foi no sentido de que o lançamento deveria ser feito em nome da empresa que funcionava no local onde foram encontradas as mercadorias, por restar caracterizado que o estabelecimento estava irregular sem inscrição cadastral e as mercadorias não se faziam acompanhar do competente documento fiscal.

Nestas circunstâncias, restou configurada a ilegitimidade do sujeito passivo do Auto de Infração, por ficar comprovado, dentre outras considerações, a falta de responsabilidade do autuado, Paulo Antônio Pereira, pois não era o detentor das mercadorias encontradas estocadas irregularmente no estabelecimento onde foram encontradas as mercadorias sem documentação fiscal.

Sendo assim, impõe a nulidade do auto de infração, com fulcro no artigo 18, inciso II e IV “b”, do RPAF/99.

Em atenção ao quanto disposto no art. 21 do RPAF/99, fica recomendada a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, desde que observado o período decadencial.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210436.1095/16-3**, lavrado contra **PAULO ANTONIO PEREIRA**. Recomenda-se a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, desde que observado o período decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR