

PROCESSO - A. I. Nº 298941.0023/21-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CAMALEON TÊXTIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO DE ROUPAS E TECIDOS E TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDOS - CAMALEON TÊXTIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO DE ROUPAS E TECIDOS E TRANSPORTES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0079-04/22-VD
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F Nº 0207-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. ESTABELECIMENTO NÃO INSCRITO NO CADASTRO DE CONTRIBUINTE. Documentos acostados aos autos comprova a estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia, após investigação conduzida pela Delegacia dos Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública – DECECAP, desacompanhadas de documentos fiscais. Base de cálculo apurada com base em “Declaração de Preço Unitário” fornecidas pelo detentor das mercadorias (responsável) nos termos do art. 22, IV da Lei nº 7.014/96, c/c a alínea “b”, do inciso V, do § 1º do mesmo artigo, que corresponde ao preço usualmente praticado no mercado. Refeito o demonstrativo de débito. Infração subsistente parcialmente. Rejeitado a nulidade suscitada. Mantida a Decisão. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal que desonerou em parte os valores exigidos e Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a decisão que julgou procedente em parte a infração 1, consoante determina o art. 169, I, “a” e “b” do RPAF/BA.

O Auto de Infração lavrado em 07/10/2021, acusa o cometimento da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 050.002.001: *Falta de recolhimento do ICMS decorrente de estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia. Lançado ICMS no valor de R\$ 1.039.878,83, com enquadramento no art. 5º; art. 8º, § 4º, inciso I, alínea “b”; e art. 32, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso III, alínea “d”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2021, mais multa de 100%, tipificada no art. 42, inc. IV, “j” da Lei nº 7.014/96.*

Consta da descrição dos fatos, como informações complementares, que se constatou em 04/10/2021, às 1:18h, que a empresa, Camaleon Têxtil Ind. Com de Roupas Ltda., endereço à Rua Umbuzeiro, nº 147, Bairro Santo Antônio dos Prazeres, Feira de Santana-BA, depósito clandestino (sem inscrição estadual) na mesma rua, porém no número 140, onde mantinha em estoque diversos itens de mercadorias (“confecções” e “potes plásticos”) desacompanhadas de documentação fiscal para esta numeração (40). Tal depósito foi localizado após investigação conduzida pela Delegacia dos Crimes Econômico e Contra a Administração Pública (DECECAP), vinculado à Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, através da equipe Puma Comando, chefiadas pela Bel. Delegada, Drª Márcia Santos, conforme Certidão de Boletim DECECAP SSA-BO 21-00168 (Cópia Anexa).

Tendo sido comunicado do fato e convocado pelo Srº Inspetor da IFMT-Norte, o agente Autuante,

compareceu ao local com a equipe de unidade móvel de fiscalização, Operações Específicas I, a fim de realizar a contagem e conferência física das mercadorias estocadas na presença e acompanhamento de representante da empresa, que através de procuração específica assinou a Declaração de Estoque anexa aos autos.

Há, também, o destaque de que acompanha o presente Auto de Infração: Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 313013, preenchido manualmente, Termo de Visita Fiscal, Declaração de Estoque, planilha com o Demonstrativo de Base de Cálculo do ICMS e demais papéis de trabalho para a constituição do crédito tributário.

Na decisão proferida a 4ª JJF (fls. 85 a 96) apreciou que:

Preliminarmente, o sujeito passivo argui nulidade do Auto de Infração em tela, sob a perspectiva de que, pela descrição dos fatos, não fica claro o enquadramento legal pretendido pela autoridade Fiscal Autuante, conforme exigência legal, violando assim os princípios e garantias constitucionais da legalidade e da ampla defesa.

Acrescenta que para tipificação constante do Auto de Infração seja válida, esta tem de coadunar com os fatos narrados a ser expressa de forma clara e específica, sendo inadmissíveis tipificações genéricas e imprecisas, que possam impedir a defesa do contribuinte, bem como que não tragam com clareza e objetividade o motivo real da exação fiscal.

Não é o que vejo da constituição do lançamento, pois além de não concordar que os dispositivos legais infringidos sejam genéricos, como destacado assertivamente pelo agente Autuante em sede de Informação Fiscal, a descrição da infração por si só já apresenta o motivo da autuação de forma cristalina, não havendo qualquer motivo para que a Autuada não viesse a exercer plenamente seu direito de defesa, como bem o fez, e que será abordado a seguir.

Como assim dispõe o artigo 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação fiscal do autuado; o dia, a hora e o local da autuação; a descrição dos fatos considerados infringidos de forma clara, precisa e sucinta; bem assim o demonstrativo do débito tributário, com a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário lançado; e assim se apresenta o Auto de Infração, em tela.

Neste sentido, não vejo nos autos qualquer violação ao devido processo legal, nem tampouco qualquer preterição do direito de defesa do Contribuinte Autuado, que com muita propriedade apresentou arguição de mérito cujo teor passo então à análise na integralidade.

No mérito, o Auto de Infração em tela, lavrado em 07/10/2021, resultou de uma investigação conduzida pela Delegacia dos Crimes Econômico e Contra a Administração Pública – DECECAP, vinculado à Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, através da equipe “PumaComando”, chefiada pela Bel. Delegada, Drª Márcia Santos, conforme Certidão de Boletim DECECAP SSA-BO 21-00168, tendo sido comunicado do fato e convocado pelo Srº Inspetor da IFMT-NORTE, o agente Autuante compareceu ao local com a equipe de unidade móvel de fiscalização, “Operações Específicas I”, a fim de realizar a contagem e conferência física das mercadorias estocadas na presença e acompanhamento de representante da empresa, que através de procuração específica assinou a Declaração de Estoque de fl. 4 dos autos, onde, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: NMFS1202110, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS), por falta de recolhimento do ICMS decorrente de estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia. Lançado ICMS no valor de R\$ 1.039.878,83, com enquadramento no art. 5º; art. 8º, § 4º, inciso I, alínea “b”; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso III, alínea “d” do RICMS, Decreto nº 13.780/2021, mais multa de 100%, tipificada no art. 42, inc. IV, “j” da Lei nº 7.014/96.

Consta da descrição dos fatos, como informações complementares, que se constatou em 04/10/2021, às 1:18h, que a empresa, CAMALEON TEXTIL IND. COM DE ROUPAS LTDA, endereço à Rua Umbuzeiro, nº 147, Bairro Santo Antônio dos Prazeres, Feira de Santana-BA, depósito clandestino (sem inscrição estadual), na mesma rua, porém, no número 140, onde mantinha em estoque diversos itens de mercadorias (“confeções” e “potes plásticos”), desacompanhadas de documentação fiscal para esta numeração (140).

Há também o destaque de que acompanha o presente Auto de Infração: Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 313013 (fl. 5), preenchido manualmente, Termo de Visita Fiscal (fl. 3), Declaração de Estoque (fl. 4), planilha com o Demonstrativo de Base de Cálculo do ICMS (fl. 7), Declaração de Preço Unitário (fl. 8) e demais papéis de trabalho para a constituição do crédito tributário.

Em sede de defesa, o sujeito passivo consigna que em que pese não se saber exatamente qual foi a infração apontada em seu desfavor, vem respeitosamente apresentar fatos e fundamentos acerca das possíveis tipificações dadas ao caso concreto, que o faz por excesso de zelo, uma vez que a ausência de precisão, clareza e

enquadramento legal dos fatos em comento à legislação correlata, por causar imensurável prejuízo a esta defesa, acarretará a nulidade do presente auto de infração.

Registra que o estabelecimento comercial do Autuado está devidamente cadastrado junto ao órgão fazendário, conforme inscrição estadual nº 055.403.850, sediada na Rua Umbuzeiro, 147, Bairro Santo Antônio dos Prazeres, Feira de Santana, BA.

Por sua vez, o estabelecimento, dito como clandestino, é área contígua do estabelecimento acima mencionado, estando localizado “frente a frente” com o nº 147 da Rua Umbuzeiro, funcionando diariamente com os dois portões abertos, um de frente ao outro, sendo que o imóvel de nº 140, onde foi realizada a fiscalização, funciona como estacionamento e como local de suporte para a carga e descarga de mercadorias, conforme figura (foto) que destaca na peça de defesa à fl. 38 dos autos.

*Neste primeiro ponto da peça de defesa, em que o Contribuinte Autuado informa que o endereço de nº 140, onde se encontravam as mercadorias apreendidas, é contíguo ao nº 147 da Rua Umbuzeiros, o endereço de fato do sujeito passivo constante do Cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia; o agente Fiscal Autuante diz que não procede, ao qual me alinho, **haja vista que o significado da palavra contígua é:** “situado ao lado; vizinho de; que se toca por um lado”, e o depósito como já indicado anteriormente, localiza-se no nº 140, e o da empresa CAMALEON no nº 147, do lado oposto da rua, não configurando imóveis contíguos;*

*A empresa CAMALEON TÊXTIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO DE ROUPAS E TECIDOS E TRANSPORTES LTDA, encontra-se inscrita no Cadastro da SEFAZ desde 07/06/2001 na situação de Ativa, I.E. 055.503.850, no endereço à Rua Umbuzeiro, nº 147, Bairro Santo Antônio dos Prazeres, Município de Feira de Santana, Estado da Bahia, **não possuindo inscrição estadual apta para o endereço à Rua do Umbuzeiro nº 140**, onde foi localizado o depósito (galpão) com enorme quantidade de mercadorias, o que não é negado pela defendente, conforme descritos na declaração de Estoque à fl. (04), desacobertas de documentação fiscal.*

Sobre o aspecto de estarem desacobertas de documentação fiscal no momento da autuação, diz o Contribuinte Autuado que as notas fiscais correspondentes às mercadorias apreendidas foram apresentadas à autoridade fazendária, que requereu a juntada de cópias no dia seguinte, o que foi feito, no entanto, nenhuma dessas notas fiscais foram anexadas aos autos, causando sérios e graves prejuízos à empresa notificada.

Neste aspecto, de pronto, observo da análise das peças processuais, em relação às documentações de constituição do lançamento, resultante da investigação conduzida pela Delegacia dos Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública – DECECAP, chefiada pela Bel. Delegada, Dr^a Márcia Santos, conforme Certidão de Boletim DECECAP SSA-BO 21-00168, qualquer registro que possa indicar que o defendente tenha apresentado as notas fiscais correspondentes às mercadorias apreendidas no ato da ação fiscal ou no dia seguinte, como assim fora autorizada a apresentar.

Aliás, as notas fiscais constantes dos autos apresentadas pelo Contribuinte Autuado que se pode relacionar com as mercadorias autuadas são as constantes da peça de defesa, às fls. 55 a 61, de nºs 279510, 30273, 30831, 274497, 274502, 3.798 e 110, todas endereçadas a Rua Umbuzeiro, nº 147, Bairro Santo Antônio dos Prazeres, Município de Feira de Santana, Estado da Bahia, referente a aquisições de “Toalhas”, “cuecas”, “Kit presentes” e “Tapetes”, que serão objeto de análise no momento oportuno.

Por outro lado, diz também o Contribuinte Autuado, que parte das mercadorias apreendidas já havia sido alvo de fiscalização junto ao posto fazendário da cidade de Vitória da Conquista, onde houve autuação e expedidos os DAE's para pagamento da autuação e do ICMS, que foi parcelado, tendo a empresa AUGUSTO CESAR FRANÇA DE BRITO - ME, empresário individual, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 19.506.382/000158, assumido o encargo de depositário fiel da mercadoria, tendo inclusive realizado o pagamento do primeiro DAE referente ao parcelamento realizado.

*Pontua ainda o Contribuinte Autuado, **sem apresentar qualquer elemento de prova nos autos**, que as mercadorias acima mencionadas referem-se a 363.600 unidades de cuecas, mercadoria esta que foi alvo de fiscalização pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, havendo sido apreendida, conforme Termo de Apreensão 210765.1079/21-1, referente ao Auto de Infração 300449.0182/21-5 e a 72.000 unidades de cuecas, da marca Automax, mercadoria esta que foi alvo de fiscalização pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, havendo sido apreendida, conforme Termo de Apreensão 210765.1079/21-1, referente ao Auto de Infração 300449.0181/21-9.*

*Sobre esse destaque da peça de defesa, de que parte das mercadorias apreendidas já haviam sido alvo de fiscalização junto ao posto fazendário da cidade de Vitória da Conquista, diz o agente Fiscal, o que também verifico das peças constitutivas do lançamento fiscal, como já dito no parágrafo anterior, **o defendente não apresentou qualquer demonstrativo e/ou documentação que indicasse uma correspondência com as mercadorias objeto do Auto de Infração em tela.***

As notas fiscais eletrônicas colacionadas na peça de defesa, tendo por destinatário a empresa autuada, CAMALEON TÊXTIL, INDÚSTRIA COMOMÉRCIO DE ROUPAS E TECIDOS E TRANSPORTES LTDA., I.E. 055.403.850, com destino ao endereço à Rua Umbuzeiro, nº 147, Bairro Santo Antônio dos Prazeres, Município

de Feira de Santana, Estado da Bahia, que é o constante do Cadastro de Contribuinte da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, **sob a perspectiva de que acobertariaas mercadorias objeto da autuação**. São elas:

Nº NF	DT EMISSÃO	MERCADORIA	U.F	QTD	VLR TOTAL	VLR CRÉDITO
279.510	27/04/2021	TOALHA	SC		44.970,80	3.147,96
30273	28/08/2020	CUECA	MS		221.760,00	8.870,40
30831	09/09/2020	CUECA	MS		221.760,00	8.870,40
274.496	16/04/2021	TOALHA	SC		15.000,00	1.050,00
274.502	16/04/2021	TOALHA	SC		24.398,40	1.707,89
3.798	10/08/2021	KIT PRESENTE	SP		20.400,00	1.428,00
110	04/03/2021	TAPETE	SP		27.100,00	1.084,00
TOTAL					575.389,2	26.158,65

Consigna o agente Autuante, analisando as notas fiscais que se referem a “Cuecas Marca Altomax” (maior parte), “Toalhas”, “Kit Presente” (que não foi objeto de contagem no depósito), e “Tapetes”. Todavia, diz que não foram apresentadas notas fiscais dos demais itens levantados (fl. 04), como por exemplo: “Meias”, “Cobertores”, “Colchas”, “Potes de Plásticos”, “Camisas Infantis” e “Calcinhas”, onde, ao seu entender, demonstra que o Autuado não possui notas fiscais hábeis que possam acobertar as mercadorias, objeto do Auto de Infração, mantendo o levantamento da autuação na sua integralidade.

Neste contexto, chama a atenção também, que as notas fiscais foram emitidas há mais de um ano antes da presente ação fiscal, datada de 04/10/2021. Diz que essa observação é de se considerar, tendo em vista que as mercadorias objeto da contagem de estoque são consideradas de baixo custo para serem comercializadas em mercados populares, feirões e por microempreendedores individuais que efetuam venda porta-à-porta e em comércio ambulante, por serem de rápida e mais fácil circulação na sua comercialização.

Pois bem! De tudo até aqui posto, vê-se que o agente Autuante concluiu que o Autuado não possui notas fiscais hábeis que possam acobertar as mercadorias, e por isso entende está provado o ilícito tributário, sendo devida a cobrança do imposto por falta de recolhimento do imposto decorrente de estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou documentação fiscal inidônea, em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia, apurando o imposto devido na forma do art. 289, § 17, inciso IV do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2021, c/c § 14 do citado artigo do mesmo diploma legal a seguir descrito:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

§ 17. Os percentuais de lucro (MVA ST original) nas operações internas para antecipação ou substituição tributária nas operações com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação são os seguintes, devendo ser efetuado o ajuste deste percentual nas hipóteses de operações interestaduais nos termos do § 14 deste artigo:

IV - confecções, tecidos e artefatos de tecidos: 40%;

§ 14. Para determinação da base de cálculo da substituição tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas nesse regime de tributação, o percentual da margem de valor agregado a ser aplicado sobre o valor da operação deverá ser ajustado (“MVA Ajustada”), calculado segundo a fórmula: “MVA Ajustada = [(1 + MVA ST original) x (1 – ALQ inter) / (1 – ALQ intra)] – 1”, onde:

I - “MVA ST original” é a margem de valor agregado prevista na legislação do Estado da Bahia para suas operações internas com os produtos relacionados no Anexo 1 deste regulamento;

II - “ALQ inter” é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

III - “ALQ intra” é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto localizado no Estado da Bahia, nas operações com as mesmas mercadorias listadas no Anexo 1 deste regulamento.

Neste contexto, coaduno com o entendimento do agente Fiscal Autuante, de que o Contribuinte Autuado não possui notas fiscais hábeis que possam acobertar as mercadorias, porque as notas fiscais colacionadas aos autos têm como destino o endereço à Rua Umbuzeiro, nº 147, Bairro Santo Antônio dos Prazeres, Município de Feira de Santana, Estado da Bahia, **enquanto as mercadorias apreendidas, objeto da autuação, eram mantidas em estoque no depósito (sem inscrição estadual), na mesma rua, porém, no número 140.**

Ademais, das notas fiscais colacionadas aos autos, como bem destacado pelo agente Fiscal Autuante em sede de Informação Fiscal, além de não abarcar diversos itens das mercadorias apreendidas, a exemplo de “Meias”, “Cobertores”, “Colchas”, “Potes de Plásticos”, “Camisas Infantis” e “Calcinhas”, nenhuma das notas fiscais estão com datas de emissão próximas da apreensão (04/10/2021). Vê-se notas fiscais emitidas há mais de um ano da apreensão. Aliás, a nota fiscal com data de emissão mais próxima da apreensão, encontra-se com distanciamento de 04 (quatro) meses.

Por outro lado, não obstante concordar com a Fiscalização, de que está provado o ilícito tributário, ao meu sentir, não cabe a apuração da base de cálculo do imposto devido, relativo à constituição do lançamento fiscal em tela, nos termos do art. 289, § 17, inciso IV do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2021, vez que não se sabe a origem dessas mercadorias, daí não se poder aplicar a MVA ajustada de cálculo do imposto por antecipação.

O que se tem presente nos autos é uma situação de arbitramento da base de cálculo, com enquadramento no artigo 22, inciso IV da Lei nº 7.014/96, combinado com a alínea “b”, do inciso V, do § 1º deste mesmo artigo, em que orienta, no caso de ausência do documento fiscal que dê suporte às mercadorias apreendidas, seja adotado o preço usualmente praticado no mercado.

No caso dos autos, o preço usualmente praticado no mercado é o fornecido pelo próprio Contribuinte Autuado, constante do demonstrativo “Declaração de Preço Unitário” de fl. 8 dos autos. Logo, somando a coluna de “Total” do citado demonstrativo, que diz respeito à multiplicação das quantidades apreendidas de cada item de mercadorias, pelo preço praticado fornecido pelo defendente, encontra-se o montante de R\$ 3.526.524,00, onde aplicando a alíquota interna de 18%, têm-se de imposto (ICMS) o valor de R\$ 634.774,32.

Também cabe aqui uma revisão na tipificação da multa aplicada. Pois bem! Foi dada a tipificação prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, que traz a seguinte previsão:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas: IV - 100% (cem por cento) do valor do imposto:

j) quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei;

No entanto, da análise dos fatos descritos no Auto de Infração, estão amoldados ao tipo descrito na alínea “b”, do mesmo inciso IV acima descrito, que assim estabelece:

b) quando a mercadoria ou bem forem encontrados em qualquer estabelecimento sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea;

Em conclusão, voto pela PPROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 634.774,32.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/BA.

O sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 106/113) por meio do advogado Domingo Arjones, OAB-BA nº 15.107. Inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre a infração, argumentos apresentados na defesa e julgamento pela procedência em parte do Auto de Infração.

Suscita a NULIDADE do Auto de Infração sob alegação de violação ao contraditório e ampla defesa. Alega que no momento da fiscalização, entregou notas fiscais referente as mercadorias apreendidas, processo de parcelamento de ICMS e comprovante de pagamento da primeira parcela e termo de fiel depositário comprovando a regularidade das mercadorias.

Alega que nada disso foi carreado ao processo administrativo o que implica em nulidade nos termos do artigo 18, II e III do RPAF/BA, por implicar em atos praticados com preterição do direito de defesa e decisão não fundamentada, violando a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa prevista no art. 5º, LV da CF, conforme entendimentos da jurisprudência em processos administrativos, a exemplo das sentenças proferidas pelo Tribunais de Justiça dos Estados de Goiás e Minas Gerais (fl. 109).

Requer declaração de nulidade do Auto de Infração por documentos apresentados não terem sido carreados ao processo e falta de fundamentação da decisão ora recorrida.

No mérito, argumenta que a infração acusa que as mercadorias encontradas não possuíam notas fiscais, porém durante a ação fiscal apresentou a autoridade fazendária as notas fiscais, processo de parcelamento de débito de ICMS e comprovante de pagamento da primeira parcela de fiel depositário, sem que tenham sido juntados aos autos, mesmo que tenha solicitado.

Alega que em momento anterior, as mercadorias já tinha sido alvo de “fiscalização no Posto Fazendário de Vitória da Conquista” quando foi emitido DAEs e pago o ICMS, tendo assumido o encargo de fiel depositário das mercadorias a empresa Augusto César de Brito-ME, CNPJ 19.506.382/0001-58, inclusive efetuado o pagamento do primeiro DAE do parcelamento.

Argumenta que não cabe a tipificação no art. 42, IV “b” e “j” da Lei nº 7.014/1996, tendo em vista

que as mercadorias encontradas estavam acobertadas com documentos fiscais, enquanto a multa de 100% é prevista para ser aplicada no caso do imposto não recolhido tempestivamente, que não é o caso, já que foi parcelado e está sendo pago.

Pondera que a fiscalização determinou valor a ser pago de R\$ 1.039.878,83 que é muito superior ao valor das mercadorias apreendidas e nem mesmo o valor de R\$ 634.774,32 atribuído no julgamento, por se tratar de mercadoria de baixo valor comercial destinado a público de baixa renda, que não ultrapassa o limite de R\$ 100.000,00.

Alega que o ESTABELECIMENTO COMERCIAL regular onde funciona a “*sede da empresa, está devidamente cadastrado junto ao órgão fazendário, com Inscrição Estadual nº 055.403.850, sediada na Rua Umbuzeiro, 147, Bairro Santo Antônio dos Prazeres, Feira de Santana-BAHIA*”.

E que o estabelecimento, supostamente clandestino, possui endereço na Rua Umbuzeiro nº 140, onde foi realizada a fiscalização, funciona como estacionamento e como local de suporte para a carga e descarga de mercadorias, conforme foto à fl. 112, ficando localizado do lado esquerdo em frente imóvel da sede (portão cinza), local onde as mercadorias foram encontradas.

Argumenta que a jurisprudência manifesta entendimento de que “*não há a incidência de ICMS, em locais contíguos à sede*”, a exemplo de decisão proferida pelo TJ-DF (APL: 1136406520078070001 DF 0113640-65.2007.807.0001, 2009) cuja ementa transcreveu à fl. 112. Conclui afirmando que na situação presente não há que se falar em depósito clandestino, visto que a empresa está regularmente cadastrada.

Requer acolhimento do Recurso Voluntário para declarar nulo o Auto de Infração e caso assim não entenda, seja acolhida as notas fiscais apresentadas no momento da ação fiscal, para reduzir o valor da autuação, que não corresponde ao valor real das mercadorias apreendidas. Requer prazo para juntada do substabelecimento e indica endereço para onde deve ser encaminhado intimações sob pena de nulidade (art. 272, § 5º do CPC). Petição de substabelecimento juntada à fl. 129.

O processo foi pautado para julgamento no dia 07/06/2023 conforme publicação em edital no Diário Oficial do Estado. O advogado Domingo Arjones, OAB-BA nº 15.107 no momento que foi dado início o julgamento, compareceu a Secretaria do CONSEF e mediante comunicação do Secretário o presidente da 2ª Câmara de Julgamento adiou a pedido para o dia 15/06/2023.

No dia 15/06/2023, o processo seria o terceiro julgado conforme ordem de inscrição dos advogados, dando início por volta das 15:30h. Considerando que o advogado não adentrou a Sessão Virtual, o julgamento passou para o quarto julgamento, depois para o quinto e por fim começou o julgamento como o sexto processo diante da ausência do advogado, por volta das 16:30h concluindo o julgamento depois das 17hs.

VOTO

O Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS relativo à estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal em estabelecimento não inscrito no CADASTRO-ICMS.

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF face a decisão proferida ter implicado na redução do débito em valor superior a R\$ 200.000,00.

Na decisão proferida foi fundamentado que a fiscalização apurou a base de cálculo do imposto devido, em conformidade com o disposto no art. 289, § 17, IV do RICMS/BA, adicionando o MVA ao valor das mercadorias, mas que não se sabendo a origem das mesmas, a base de cálculo deveria ser arbitrada com enquadramento no artigo 22, IV c/c alínea “b”, do inciso V, do § 1º da Lei nº 7.014/96, o que implicou na redução do débito de R\$ 1.039.878,83 para R\$ 634.774,32.

Constato que a fiscalização obteve DECLARAÇÃO DE PREÇO UNITARIO fornecida pelo autuado (fl. 8), totalizando R\$ 3.526.524,00, adicionou MVA de 63,90% (fl. 7) e sobre a base de cálculo apurada de R\$ 5.777.104,60 aplicou a alíquota 18%, exigindo R\$ 1.039.878,83.

Observo que a fiscalização de trânsito de mercadorias de um modo geral ao identificar mercadorias desacompanhada de nota fiscal pode constituir a base de cálculo do valor da *entrada* da mercadoria no estabelecimento adicionado da margem de lucro (MVA) ou do valor da *saída* da mercadoria, em conformidade com diversos dispositivos regulamentares.

A fiscalização aplicou o disposto no art. 289, § 17, IV do RICMS/BA, considerando percentuais de lucro (MVA) nas operações internas para antecipação tributária nas operações com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, ajustado aos percentuais previstos para operações interestaduais nos termos do § 14 do mesmo artigo, cuja tabela de ajuste juntada à fl. 17, considerou a alíquota de 4% (mercadorias importadas) que para operações internas com alíquota de 18% estabelece MVA de 63,90% que foi o percentual aplicado sobre os valores declarados pelo autuado.

Pelo exposto, considero correta a fundamentação da decisão recorrida de que em se tratando de estocagem de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal, o valor deve ser arbitrado com enquadramento no artigo 22, IV c/c alínea "b", do inciso V, do § 1º da Lei nº 7.014/96, ou seja, diante de ausência de documento fiscal, adotar o preço usualmente praticado no mercado.

Como não foi feita tomada de preço no mercado, deve ser considerado os que foram declarados pelo detentor das mercadorias estocadas em estabelecimento não inscrito no cadastro do ICMS, que foi indicado no documento de fl. 8. Constatado que a Nota Fiscal nº 110 juntada com a defesa à fl. 61, indica aquisição de Tapetes por contribuinte inscrito, com valores unitários de R\$ 43,00; R\$ 81,00; R\$ 37,00 e R\$ 70,00. Na declaração emitida pelo sujeito passivo (fl. 8) foi indicado TAPETES POLIESTER SORTIDOS com valor unitário de R\$ 75,00, que entendo refletir o preço médio de vendas praticado no mercado. Portanto, correta a decisão ora recorrida.

Recurso de Ofício NÃO PROVIDO.

No Recurso Voluntário interposto o sujeito passivo em termos gerais, reapresentou os argumentos da impugnação inicial, em resumo:

- i) Nulidade do Auto de Infração por não considerar documentos apresentados;
- ii) No mérito, que as mercadorias apreendidas estavam acobertadas por notas fiscais, processo de parcelamento de débito e DAes que não foram aceitos;
- iii) As mercadorias foram supervalorizadas;
- iv) O estabelecimento onde se encontrava as mercadorias era regular.

Com relação a nulidade suscitada sob o argumento de que não foram considerados os documentos apresentados, observo que conforme apreciado na decisão recorrida foi juntado com a defesa (fls. 55 a 61) Notas Fiscais de nºs 279510, 30273, 30831, 274497, 274502, 3.798 e 110, todas endereçadas a estabelecimento localizado na Rua Umbuzeiro, nº 147, Bairro Santo Antônio dos Prazeres, Feira de Santana/Ba, enquanto as mercadorias foram apreendidas em depósito clandestino, localizado na mesma rua, de número 140, sem inscrição no cadastro de Contribuintes do ICMS, tudo conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e DECLARAÇÃO DE ESTOQUES e DECLARAÇÃO DE PREÇOS UNITÁRIOS assinadas pelo responsável (fls. 4 a 8).

Além disso a Nota Fiscal nº 30.831 foi emitida em 09/09/2020 (fl. 120); a Nota Fiscal nº 30.273 foi emitida em 28/08/2020 ou seja, além de emitidas contra estabelecimento localizado em outro endereço, as mercadorias foram apreendidas em 04/10/2021, ou seja, mais de um ano depois, o que não é coerente acolher tal argumento de que as mercadorias permaneceram mais de um ano em estoque.

Também, há de se considerar que as mercadorias apreendidas são bens fungíveis que são passíveis de ser substituído por outra coisa de mesma espécie, qualidade, quantidade e valor. Logo, não tem como identificar se as mercadorias apreendidas em estabelecimento sem inscrição no cadastro do ICMS, nem inscrito como depósito, são as mesmas mercadorias adquiridas pelo estabelecimento inscrito, localizado em outro endereço.

Neste contexto, fica rejeitada a nulidade suscitada sob alegação de violar o princípio do contraditório e preterição do direito de defesa, bem com falta de fundamentação da decisão, por inexistir um nexu causal entre os documentos que deram suporte o lançamento e as alegações.

No mérito, quanto a alegação de que parte das mercadorias apreendidas já havia sido alvo de fiscalização junto ao Posto Fiscal de Vitória da Conquista, com expedição de DAE's e parcelamento, tendo a empresa AUGUSTO CESAR FRANÇA DE BRITO - ME, CNPJ 19.506.382/000158, assumido o encargo de depositário fiel da mercadoria e efetuado pagamento, mesmo que na decisão recorrida tenha apreciado que não foi apresentado *“qualquer elemento de prova nos autos”*, em relação as mercadorias que foi objeto desta autuação, o recorrente, reapresentou o mesmo argumento, sem qualquer prova do alegado.

Pelo exposto, aplico o disposto nos artigos 142 e 143 do RPAF/BA, diante da recusa de comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto ao argumento de que as mercadorias foram supervalorizadas, observo que este argumento foi acolhido na decisão proferida pela 4ª JJF, conforme apreciado no Recurso de Ofício, tendo considerado que em se tratando de estocagem de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal, o valor arbitrado foi o preço praticado no mercado (art. 22, IV c/c alínea “b”, do inciso V, do § 1º da Lei nº 7.014/96).

Constatado que, a base de cálculo aplicada no julgamento foi apurada em conformidade com a declaração de preço unitário fornecida pelo responsável (fl. 8) que também assinou o Termo de Apreensão das Mercadorias, Declaração de Estoque, Termo de Visita Fiscal e Auto de Infração.

Assim sendo, não tendo trazido qualquer fato novo, considero que esta alegação foi atendida na decisão ora recorrida.

No tocante ao argumento de que o estabelecimento onde se encontrava as mercadorias era regular, observo que conforme descrito pelo recorrente (fl. 111) a *“sede da empresa, está devidamente cadastrado junto ao órgão fazendário, com Inscrição Estadual nº 055.403.850, sediada na Rua Umbuzeiro, 147, Bairro Santo Antônio dos Prazeres, Feira de Santana-BAHIA”* e o estabelecimento onde foi encontrado as mercadorias está localizado na *“mesma Rua no nº 140, portanto, contíguo”*.

Observo que conforme afirmado pelo autuante a palavra contígua significa: *“situado ao lado; vizinho de; adjacente”*, enquanto o depósito com o nº 140 está situado do outro lado da rua em sentido oposto ao nº 147, onde está localizado o estabelecimento com Inscrição Estadual nº 055.403.85.

Portanto, restou configurado que se trata de estabelecimento autônomo, não inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS. Logo o detentor das mercadorias encontradas no estabelecimento irregular é responsável pela detenção de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal. Também, as notas fiscais apresentadas que consignam mercadorias destinadas ao estabelecimento inscrito, não pode caracterizar acobertamento das mercadorias encontradas no estabelecimento não inscrito.

Ressalte se ainda que a decisão judicial indicada na fl. 112, proferida pelo TJDF não serve de paradigma para a situação em questão, tendo em vista que aquela decisão trata de remessa e retorno de mercadoria com destino a armazém geral ou depósito fechado do próprio contribuinte, que foi manifestado entendimento de que a mercadoria continua sendo de propriedade do mesmo estabelecimento empresarial, situação que é previsto na legislação do ICMS (art. 460/463 do RICMS/BA).

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298941.0023/21-3**, lavrado contra **CAMALEON TÊXTIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO DE ROUPAS E TECIDOS E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 634.774,32**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS