

**PROCESSO** - A. I. N° 09206612/03  
**RECORRENTE** - COMERCIAL DE ESTIVAS IZAIAS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3<sup>a</sup> JJF N° 0344-03/03  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/SUL  
**INTERNET** - 05.12.03

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0164-12/03

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vícios jurídicos que afetam a sua eficácia. Existência de rasuras dos valores nas 1<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup> vias do PAF. Decretada, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/03/2003, exige ICMS no valor de R\$1.856,70 e multa de 100%, em decorrência de mercadorias estocadas em depósito clandestino, sendo 150 caixas de biscoitos e 222 caixas de bebidas.

A autuada ingressa com defesa, fls. 05/09, e alega que em 20/03/2003, o autuante compareceu ao estabelecimento comercial da empresa, sob o argumento de que o sócio proprietário teria algumas mercadorias estocadas em sua residência, e que este, inocentemente, confirmou o fato e, ainda mais, convidou o fiscal com seus acompanhantes a verificarem “in loco”, na garagem de sua residência, todo o montante das mercadorias. Relata que o autuante, após ter olhado as mercadorias, indagou qual o seu valor, ao que respondeu o proprietário que iria pegar os documentos fiscais em seu estabelecimento comercial, para a conferência, e que devido aos preços convidativos, achou por bem, comprar maior quantidade e guardá-las na garagem, por falta de espaço no estabelecimento.

Instado, novamente, o autuado disse que o valor das mercadorias seria de R\$10.000,00, ao que o fiscal respondeu que lavraria o Auto de Infração, em valor inferior, e que o proprietário ficaria como fiel depositário. Argumenta que atônito com o procedimento do fiscal, assinou os documentos da ação fiscal que considera ilegítima, ao tempo em que, deixou claro que iria lutar pelos seus direitos tributários. Salienta que é uma bomboniere, tendo portanto, 100% de suas compras submetidas ao regime de substituição tributária, e que em face das festas natalinas adquiriu uma certa quantidade de bebidas alcóolicas, tais como vinho, e recolhendo o ICMS por antecipação, quando do ingresso das mercadorias no Estado da Bahia (conforme notas fiscais, DAEs e cópias do livro de Inventário, anexo).

Diz que o autuante cometeu equívocos, tais como:

1. A empresa Comercial de Estivas Izaias, encontra-se estabelecida à Rua Francisco Alves Meira, 94, e não no endereço constante, tanto no Auto de Infração, como no Termo de Apreensão de Livros e Mercadorias.
2. Na capitulação da multa aplicada, cita o art. 42, Inciso IV, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, e conforme consta da 3<sup>a</sup> via Azul do Auto de Infração, entregue ao proprietário, tal fato descharacteriza a ação fiscal, notadamente, no tocante à alínea “c”: “quando a mercadoria for entregue ou o serviço for prestado a destinatário ou usuário diverso do indicado no documento fiscal”.

3. Diz que a via que lhe foi entregue, do Termo de Apreensão, é quase ilegível, o que motivou o cerceamento do direito de defesa, e que o preposto fiscal deveria ter exigido a assinatura no Termo de Liberação.
4. Que o autuante deveria ter obedecido à hierarquia das leis, quando da tipificação no Auto de Infração.

Anexa notas fiscais de compras dos itens autuados, com seus respectivos DAEs, assim como xerox do livro de Inventário do exercício de 2002, levado a efeito em fevereiro do ano em curso, onde consta pequeno estoque das mercadorias encontradas pelo autuante, inclusive, outras, que foram por ele ignoradas. Ao final, relata que o contribuinte optou por defender seus direitos, e que não houve a prática de ilícitos, ou má-fé, e que depositou as mercadorias na garagem de sua residência, por absoluta falta de espaço em seu estabelecimento comercial. Coloca-se à disposição, para a realização de auditoria fisco-contábil, por auditor fiscal especialista na área de comércio, quando este poderá verificar a veracidade deste relato. Pede a improcedência do Auto de Infração.

Auditor fiscal designado presta informação fiscal, fls. 49/50, e esclarece que da leitura dos autos, depreende-se que não assiste razão ao autuado. De acordo com a legislação tributária vigente, é vedado o armazenamento de mercadorias em local clandestino, sem inscrição estadual, considerando-se as mercadorias assim encontradas, em situação irregular. Todos os documentos apresentados na defesa se referem a mercadorias que foram destinados ao endereço da empresa cadastrada na SEFAZ, e não acobertam a estocagem em local diverso, nem comprovam recolhimento do ICMS correspondente às mercadorias apreendidas, porque não há como vincular as mercadorias, flagradas em estocagem irregular, a qualquer documento apresentado posteriormente. Aduz que não há meios de comprovar a procedência das mercadorias apreendidas, nem sua correspondência com qualquer comprovante de pagamento do imposto, não se podendo falar em bitributação. Opina pela manutenção do Auto de Infração.

O ilustre julgador de 1<sup>a</sup> Instância emitiu o seguinte voto:

“Inicialmente verifico que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação que rege a matéria, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, consoante o art. do RPAF/99.

Constatou também que não houve o alegado cerceamento do direito de defesa, pois a via do Termo de Apreensão de Mercadorias de fl. 14, que foi entregue ao contribuinte, encontra-se legível, o que possibilita o seu entendimento.

No mérito, trata-se de Auto de Infração em decorrência da estocagem de mercadorias tributáveis, em estabelecimento considerado clandestino, em virtude de não se encontrar inscrito no cadastro de contribuintes da SEFAZ.

As mercadorias foram encontradas na garagem da residência do sócio- proprietário da empresa autuada, e de acordo com o artigo 191 do RICMS/97, considera-se clandestino qualquer estabelecimento que não estiver devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS da SEFAZ, ficando, os infratores sujeitos à apreensão das mercadorias em situação irregular, e exigido o imposto antecipadamente.

Constatou, pelo que consta no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, de fl. 02, que as mercadorias foram encontradas estocadas no estabelecimento sem inscrição estadual localizado na Travessa Lídio Montal, 3, Centro, na cidade de Jequié, Bahia, desacompanhadas de documentos fiscais que comprovassem a sua origem, sendo o imposto exigido por antecipação na forma prevista no artigo 125, inciso V, do RICMS/97.

O autuado em sua peça defensiva, tenta elidir a acusação, apresentando várias notas fiscais e DAEs, relativos ao pagamento do imposto, antecipadamente, por se tratarem de mercadorias enquadradas na substituição tributária. Contudo, estes documentos foram emitidos para o estabelecimento Comercial de Estivas Izaias Ltda., sítio à Rua Francisco Alves Meira, nº 94, Centro, Jequié, Bahia, e não se referem ao local onde as mercadorias estavam estocadas, razão porque, entendo que não possuem o condão de elidir a infração ora apontada. O mesmo ocorre com o inventário relativo ao exercício de 2002, cujas cópias estão acostadas às fls. 39/44, que se refere às mercadorias pertencentes ao outro estabelecimento já mencionado, e inscrito no cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda, e deste modo, não servem de prova para o não cometimento da infração.

Portanto, todas as notas fiscais apresentadas pela defesa, estão em nome do estabelecimento com inscrição nº 21.845.569, e as mercadorias encontravam-se em estabelecimento não inscrito no cadastro fazendário, completamente desacompanhadas da documentação fiscal correspondente.

Assim, de acordo com o artigo 39, V, do RICMS/97, é devida a exigência do imposto, atribuindo-se ao autuado, por ser detentor das mercadorias em situação irregular, a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Em seu Recurso Voluntário a autuada repete, praticamente, os mesmos argumentos expendidos na defesa, expressando, ainda, a sua discordância com a ilustre relatora da 3<sup>a</sup> JJF, quando afirma que “o auditor fiscal designado presta informação fiscal, fls. 49/50, e, esclarece que da leitura dos autos (sic) depreende-se que não assiste razão ao autuado (sic)”. Prosseguindo, diz: “nota-se claramente que o auditor fiscal designado só podia ter dons premonitórios, porque ao ler os autos sem ter tomado quaisquer providencias no sentido legal de intimar o contribuinte exigindo a documentação de praxe para efetuar o levantamento quantitativo por espécie, de mercadorias, para apurar o suposto ilícito tributário, proferiu sua sentença! Mister se faz perguntar, será que a SEFAZ já chegou a tal ponto de evolução premonitória?” Aponta diversas irregularidades existentes no processo, e coloca a empresa à disposição do fisco para verificação das suas alegações.

A Douta Procuradoria Fiscal opina pela Nulidade absoluta do Auto de Infração, em decorrência das adulterações efetuadas pelo autuante na 1<sup>a</sup> via, diferenciando-a da 2<sup>a</sup> via, que se encontrava em mãos da autuada, eivando de vícios o Auto de Infração e cerceando o seu direito de defesa, visto que a mesma não tomou conhecimento das referidas adulterações, configurando-se o “calçamento” do Auto de Infração, o que implica em nulidade absoluta, decretada de ofício, de acordo com disposto no art. II e IV “a” do RPAF/99. Sugere o encaminhamento do processo à Corregedoria da SEFAZ/BA para esclarecimentos pelo auditor fiscal do que diz respeito às modificações feitas no Auto de Infração, uma vez que não foram cumpridas as formalidades legais para tais ajustes.

## VOTO

Acompanho integralmente o opinativo da ilustre Procuradora. Em face da flagrante adulteração da 1<sup>a</sup> via do Auto de Infração sem correspondência na 3<sup>a</sup> via anexada pela autuada, caracterizando-se, assim, vício insanável, não restando, pois, outra alternativa senão a decretação da nulidade absoluta do Auto de Infração.

Acolho também a sugestão da Procuradoria no sentido de que seja o processo encaminhado à Corregedoria, nos termos do referido Parecer.

## VOTO EM SEPARADO

Conquanto não divirja do ilustre Relator quanto à existência de visível nulidade - que deve ser decretada de ofício -, me insurjo contra a afirmação da Sra. Representante da PGE/PROFIS, de que se configura “calçamento” do auto de infração. O “calçamento” de documentos, sejam documentos emitidos pelo contribuinte seja por funcionário público, é crime de grande gravidade e que não pode e não deve ser tolerado.

Mas a acusação se revela leviana e precipitada se não se afere quem a praticou, em que condições o fez e, em especial, se houve a prática criminosa. Até o momento do julgamento do recurso interposto, nem o contribuinte ou seu representante, nem qualquer funcionário, à exceção da Sra. Procuradora, manifestara qualquer estranheza em relação às divergências entre a 1<sup>a</sup> e a 3<sup>a</sup> vias do auto de infração.

Observo que a autuada tece incisivas considerações, em seu recurso voluntário, sobre a legibilidade do Termo de Apreensão, MAS NÃO SE REFERE ÀS RAZURAS DA 1<sup>a</sup>. VIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Disso decorre que, em princípio, a correção de valores do auto de infração foi promovida pelo autuante antes de obter a assinatura do autuado, tanto que ele não se manifesta sobre a divergência de valores entre o débito constante da terceira via (em seu poder) e o valor da condenação. Ou seja, deve-se admitir, *a priori*, que o autuado assinou o auto de infração após sofrer as correções da 1<sup>a</sup> Via, embora o funcionário que preencheu o formulário, que pode ter sido o autuante ou outro membro da equipe, não tenha providenciado colocar o papel carbono entre as vias, ou, mesmo, corrigir a 3<sup>a</sup> Via a caneta de modo a preservar a identidade de conteúdo entre as duas vias.

Que há divergência entre as vias do auto de infração, não há dúvida. Que este vício nulifica o procedimento fiscal, não resta dúvida. Mas caracterizar o procedimento fiscal como calçamento – prática criminosa, em que a intenção de enganar é evidente, é precipitado e leviano. Por isso, embora meu voto seja pela nulidade, divirjo do ilustre relator em acolher a recomendação da Sra. Procuradora do Estado para submissão do processo à Corregedoria sob a suspeita levantada pela Representante da PGE de prática de “calçamento”.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, decretar, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração nº **09206612/03**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS IZAIAS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de Novembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - VOTO EM SEPARADO

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS