

PROCESSO - A. I. Nº 09340343/04
RECORRENTE - DECORALLY - DECORAÇÕES COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0054-03/06
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 07/06/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0199-12/06

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CANCELADA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Documentos extra-fiscais apreendidos no estabelecimento e juntados ao processo, comprovam operações de comercialização de mercadorias, sem a emissão do correspondente documento fiscal. O autuado não comprovou suas alegações de que os documentos apreendidos estavam vinculados a operações de prestação de serviços e tributadas pelo ISS. Infração caracterizada. Rejeitados os pedidos de nulidades. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário através do qual o contribuinte impugna a Decisão de 1ª Instância que declarou a Procedência do Auto de Infração em lide, lavrado em 01/09/04, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$9.808,29, acrescido da multa de 100%, por falta de recolhimento do imposto em razão de utilização de documento não fiscal em substituição à nota fiscal, por contribuinte com a inscrição cancelada e sem talonário de notas fiscais autorizado, conforme o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 121472 acostado à fl. 3 do PAF.

Conforme foi relatado em 1ª Instância, o autuado apresentou defesa por meio de advogado (fls. 435 a 444), inicialmente afirmando que presta serviços de decoração em lojas e residências, fornecendo apenas a mão de obra, e que tais serviços “envolvem planejamento, consultoria técnica, desenhos, projetos específicos, bem como acompanhamento ou execução, por administração ou por empreitada, de serviços complementares e decoração em edifícios e residências, com materiais do cliente”.

Alegou que não vende nem fornece os materiais empregados nos serviços, que se encontram sempre descritos, de forma pormenorizada, em formulários de orçamento, de acordo com as especificações básicas indicadas pelo cliente, e, após as discussões das alternativas disponíveis, “parte-se para a execução do serviço, sendo que os materiais são adquiridos em nome do cliente no comércio local” e as notas fiscais emitidas pelos fornecedores.

Diz que a prova de que não vende mercadorias foi dada pela própria fiscalização, que apreendeu “papéis supostamente irregulares”, porém não apreendeu nenhuma mercadoria, pois não as havia em seu estabelecimento.

Aduz que “consta que a fiscalização estadual teria recebido uma denúncia anônima de alguém, acusando a empresa de ‘vender pedras’, mas fornecendo Nota Fiscal de outra empresa”, mas entende que a declaração do denunciante anônimo comprova que seu estabelecimento não vende os materiais e sim presta serviços de decoração e se houve estranheza por parte do denunciante ocorreu porque está apenas obrigado, como prestador de serviços, a emitir a nota fiscal de prestação de serviços prevista pela legislação municipal.

Acrescentou que “se o suposto denunciante tivesse pedido explicações à empresa, ficaria sabendo que, no caso de execução de serviços por administração ou empreitada, o encarregado do serviço recebe, de fato, duas notas fiscais distintas, de empresas distintas, ou seja: recebe do fornecedor dos materiais a Nota Fiscal da venda das mercadorias, e recebe do prestador do serviço a Nota Fiscal de Prestação de Serviços”.

Argumenta que, apesar de não ter nenhuma obrigação de possuir inscrição estadual, manter talonários de notas fiscais de venda a consumidor e, tampouco, comprar ECF para atender à fiscalização estadual, providenciou a sua inscrição no cadastro estadual “para evitar perseguições fiscais”.

Queixou-se da violência adotada pela fiscalização do Estado, “uma operação militar”, “algo realmente constrangedor” e alegou que a agente fiscal que comandou o trabalho foi acompanhada de um policial, que assinou como testemunha, “quando na verdade foi uma das autoridades coatoras”, entrou no estabelecimento e o lacrou após apossar-se de diversos papéis. Ressaltou que o autuante nada tem a ver com os fatos ora narrados, limitando-se a lavrar o Auto de Infração, provavelmente na repartição fazendária.

Acusou a agente fiscal de ter simulado a lavratura de um Termo de Apreensão, feito às 15 horas, exatamente no momento em que lavrou o Termo de Lacração de Estabelecimento, apesar de não haver prova da existência de mercadorias em situação irregular.

Suscitou a nulidade do lançamento aduzindo que:

1. a Constituição Federal (artigo 5º, inciso LVI) veda a admissão de provas colhidas por meios ilícitos, caso dos autos, haja vista que a fiscalização preencheu uma série de papéis, neles fazendo constar “recusou-se a assinar”, mas que, na verdade, o preposto da empresa, Sr. Osmando Paulo Ferreira, simplesmente não teve a oportunidade de conferir a relação dos documentos que estavam sendo apreendidos;
2. a relação do que estava sendo apreendido pela fiscalização foi feita posteriormente, haja vista que no Termo de Apreensão consta apenas “diversos” no campo reservado às quantidades, tendo como unidades a simples indicação “fl” (folhas), sendo evidente “que ninguém em sã consciência assinaria um Termo assim, praticamente em branco”;
3. “a prova de que os bens apreendidos somente foram relacionados depois salta aos olhos, pois os papéis de trabalho, inclusive o Termo de Apreensão, são manuscritos, mas o ‘Levantamento de Estoque em Aberto’ (anexo) foi datilografado ou digitado”;
4. o referido ‘Levantamento de Estoque em Aberto’ apresenta uma relação de documentos “que foram arrebatados da empresa, simulando uma apreensão”;
5. a declaração de depósito não foi firmada pelo depositário, apesar de constar no Termo de Depósito que lhe foi entregue que “os bens apreendidos ficariam sob a guarda e responsabilidade da ‘firma’ IFMT/METRO, estabelecida na Av. Fernandes Vieira, 30, na Calçada”. Salienta que o artigo 946, do RICMS/BA prevê que os bens apreendidos serão depositados, no ato da apreensão, em repartição pública (...), mediante a lavratura de Termo de Depósito, a ser assinado pelo preposto fiscal e pelo depositário, o que não foi cumprido nesta ação fiscal;
6. “há no Termo de Apreensão três vícios jurídicos fulminantes”:
 - a) foi apostila, no campo detentor das mercadorias, a assinatura de uma testemunha, que vem a ser o policial que ajudou a fazer a apreensão (participante ativo);
 - b) o Termo de Apreensão foi lavrado em nome de Osmando Paulo Ferreira dos Santos, ao passo que o Auto de Infração foi lavrado em nome de Decorally Decorações Comércio e Serviços Ltda., não havendo sintonia entre os documentos;

- c) o § 2º do artigo 940 do RICMS/97 prevê, quando o sujeito passivo, seu representante ou preposto, se recusar a assinar o Termo de Apreensão, ou em caso de sua ausência, ele deverá ser assinado por duas testemunhas.

Pelo exposto, pede a nulidade do procedimento fiscal, por se basear em provas obtidas por meios ilícitos e a declaração de extinção do lançamento, anulando-o ou julgando-o improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 457 a 462), diz que ação fiscal foi motivada pela Denúncia nº 5.102/2004, em que um consumidor reclama a falta de emissão do documento fiscal em aquisição de pedras efetuada no estabelecimento autuado.

Assegura que não tem nenhuma dúvida de que o autuado comercializa mercadorias e que, no momento da ação fiscal, havia muita mercadoria em suas dependências e parecia querer esconder-se, haja vista que não possuía talão de nota fiscal ou ECF e o preposto não forneceu o nome da empresa para consulta de seus dados cadastrais. Aduz que, como não foi identificada a empresa, foi lavrado o Termo em nome do Sr. Osmando Paulo Ferreira dos Santos que tomava conta do local.

Esclarece que foram lavrados os seguintes documentos:

1. Termo de Apreensão dos documentos que estavam sendo utilizados, com nome, local, endereço do estabelecimento e numeração impressos, os quais estavam preenchidos com a descrição dos produtos comercializados, preço unitário, valor total quantidade e adquirente;
2. Termo de Intimação para providenciar a inscrição no cadastro de contribuintes do Estado, o talonário de documentos fiscais e ECF;
3. Termo de Lacração como clandestino, já que não apareceram os reais proprietários.

Aduz que somente as mercadorias existentes no local não foram apreendidas por se tratar de pedras de difícil identificação e quantificação e, como o Sr. Osmando se recusou a assinar os Termos, “foi colhida a assinatura de testemunha nos documentos gerados”. Acrescenta que, em 24/08/04 compareceu à Inspetoria o Sr. Carlos Alberto Araújo, CPF nº 394.999.375-72, preposto do autuado, que assumiu a propriedade do estabelecimento e recebeu cópia de todos os documentos, conforme recibo no verso às fls. 3, 4, 5, 6 e 7 dos autos. Afirma que, como a empresa apresentou, em 25/08/04, talonários de notas fiscais de venda a consumidor devidamente autorizados pela SEFAZ, o estabelecimento foi deslacrado.

Ressalta que após verificar que o autuado está inscrito na Secretaria da Fazenda sob o nº 63.444.435 desde 30/03/04, foi lavrado o lançamento contra ele, considerando que o Sr. Osmando era apenas um empregado.

Quanto ao argumento do sujeito passivo, de que é apenas um prestador de serviço, alega que é uma falácia, uma vez que, além de manter estoque de mercadorias no estabelecimento, os documentos apreendidos comprovam a venda de produtos ligados ao ramo de pedras, entre outras, inclusive realizando transferência para a matriz, conforme os documentos de fls. 66, 81 e 88. Afirma que está anexando notas fiscais emitidas pelo contribuinte de venda de quartzito serrado, resina, ardósia, granito, placa de gesso e mármore.

Prossegue dizendo que, em nenhum momento, o autuado nega a propriedade dos documentos apreendidos e que não houve perseguição, apenas uma ação fiscal feita em um estabelecimento comercial, durante o dia e com a presença de um preposto fiscal e um policial, para apuração de uma denúncia devidamente registrada na SEFAZ. Como o estabelecimento se apresentava como clandestino e o empregado se recusou a fornecer qualquer informação sobre a empresa, foram apreendidos documentos não-fiscais, que eram usados no local, e lacrado o estabelecimento para se evitar a retirada das mercadorias.

Argumenta que não houve nenhuma simulação; o Termo de Apreensão foi emitido por um funcionário no exercício de suas funções fiscalizadoras; as provas foram obtidas em operação de

fiscalização e colhida a assinatura de uma testemunha porque o Sr. Osmando se recusou a assinar os Termos lavrados; *“em virtude das próprias circunstâncias em que ocorreu a ação fiscal, com um estabelecimento até então clandestino e o preposto da empresa se recusando a colaborar com a fiscalização, os documentos foram descritos de forma sumária como sendo “folhas de pedidos – Pedras Naturais” diversas folhas, que posteriormente foram devidamente relacionados com a devida numeração”*.

Salienta que o Termo de Depósito é parte integrante do Termo de Apreensão e ali consta que os documentos apreendidos ficariam sob a guarda e responsabilidade da IFMT/METRO, fato reconhecido textualmente na peça defensiva. Observa que o citado Termo foi assinado pelo preposto fiscal que é lotado na Inspetoria e os documentos compõem o presente PAF e indaga onde houve o cerceamento do direito de defesa.

Alega que, ao contrário do que afirma o contribuinte, a ação fiscal foi desenvolvida exclusivamente pelo agente fiscal não existindo na legislação nenhum impedimento para que um policial assine como testemunha. Explica que o Termo de Apreensão foi assinado por apenas uma testemunha porque não havia mais ninguém no estabelecimento disposto a assiná-lo, porém todos os documentos foram posteriormente entregues ao Sr. Carlos Alberto Araújo.

Diz que, normalmente, o Termo de Apreensão e o Auto de Infração são lavrados contra a mesma pessoa, mas que, neste caso, a verdadeira identidade do sujeito passivo não foi revelada, somente vindo a descobri-la posteriormente.

Aduz que foram observados todos os princípios legais, especialmente o do devido processo legal, do direito à ampla defesa e do contraditório e os documentos apreendidos comprovam a venda de mercadorias a consumidor sem a emissão de documentos fiscais, que somente foram autorizados em data posterior, após solicitação do autuado, o que, a seu ver, demonstra o intuito de comercialização.

Informa que a base de cálculo foi definida de forma criteriosa a partir dos preços e valores contidos nos documentos não fiscais apreendidos e que integram o presente PAF, tendo sido excluídos aqueles documentos que se referiam a transferências para a matriz, conforme a planilha acostada à fl. 8.

Finaliza dizendo que os documentos fiscais devem ser emitidos antes da saída das mercadorias (artigos 220 e 142, inciso VII, do RICMS/97) e pede a procedência da autuação.

Tendo em vista que o autuante anexou novos elementos aos autos, o contribuinte foi intimado (fl. 472) e se manifestou (fls. 477 a 492), repetindo os argumentos expendidos em sua impugnação inicial e alegando que:

- 1) como o autuante não esteve presente no momento da ação fiscal, não poderia jamais afirmar que existiam mercadorias na empresa e, se houvesse, certamente seria de sua obrigação apreendê-las, sob pena de abertura de inquérito administrativo;
- 2) à época, não vendia mercadorias e somente providenciou a sua inscrição estadual para evitar perseguições fiscais. Diz que mudou a rotina de seus trabalhos, passando a adquirir e fornecer algumas coisas na prestação de serviços, quase um mês após a ação fiscal, basta ver a data dos documentos apresentados pelo autuante às fls. 464 a 469;
- 3) na informação fiscal, o autuante silencia sobre os pontos essenciais da defesa e, fazendo isso, entende que houve o reconhecimento de que a ação fiscal foi irregular;
- 4) o preposto fiscal não respondeu às indagações feitas na defesa: se outra testemunha assinou o Termo de Apreensão; se se admite a validade ou eficácia de um instrumento público lavrado sem observância dos ditames legais; se o comando do § 2º do artigo 940 do RICMS/97 é facultativo;

5) a jurisprudência do CONSEF é farta quanto à nulidade de autos de infração quando há discrepância substancial entre o Termo de Apreensão e o Auto de Infração, conforme o Acórdão JJF nº 0015-02/05 cuja ementa transcreve.

Por fim pede a nulidade ou a improcedência do lançamento.

A JJF, converteu o processo em diligência (fl. 496) à ASTEC/CONSEF para intimar o autuado para comprovar:

- a) sua inscrição como contribuinte do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) na Prefeitura de Salvador;
- b) a emissão de notas fiscais de prestação de serviços e o pagamento do ISS relativo às operações consignadas nos "pedidos" apreendidos pela fiscalização;
- c) para apresentar as notas fiscais de vendas de materiais aos clientes;
- d) localizasse se possível, os destinatários constantes das notas de pedidos para confirmar a entrega mediante documentos fiscais.
- e) a partir de que data foi regularmente inscrito no cadastro de contribuintes e quais operações de vendas foram emitidas notas fiscais.

O diligente no Parecer juntado às fls. 499 a 502, afirma que intimou o autuado duas vezes, tendo inclusive entrado em contato com o Contador da empresa, mas nenhum documento lhe foi entregue.

Afirmou que entrou em contato telefônico com vários clientes e os mesmos confirmaram terem adquirido as mercadorias diretamente do estabelecimento autuado, mas que se negaram a fazer tal confirmação através de documentos.

Diz que a cópia do documento juntado à fl. 12 indica que o autuado iniciou suas atividades a partir de 30/03/04, mas que não foi possível informar a partir de quando possuía talonários de notas fiscais e emissão de notas fiscais relativas aos documentos juntados pelo autuante às fls. 15 a 428, tendo em vista que não foram atendidas as intimações feitas ao impugnante.

O autuante foi cientificado do resultado da diligência e prestou nova informação fiscal às fls. 507 e 508, afirmando que o defensor apresentou às fls. 477 a 492, as mesmas alegações da defesa inicial. Sustenta que não houve apreensão de mercadorias no momento da ação fiscal, por se tratar de mercadorias (pedras) de difícil identificação e quantificação, mas que o objeto da autuação não é mercadoria em estoque e sim "*de vendas de mercadorias efetuadas com documento não fiscal*". Afirma que não teria lacrado o estabelecimento, se não possuísse mercadorias e que tal procedimento obedeceu o devido processo legal.

A JJF converteu o processo em diligência (fl. 512), à Inspetoria Fazendária de origem, para que cientificasse o autuado do resultado da diligência e concedesse o prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse.

Conforme documento juntado à fl. 515, o autuado foi intimado e manifestou-se às fls. 520 a 538, apresentando os seguintes argumentos defensivos:

- a) que a fiscalização agiu de forma ilegal ao apreender papéis da empresa, e que conforme disposto no art. 5, LVI da Constituição Federal (CF), não são válidas as provas obtidas por esse meio;
- b) que o diligente intimou a empresa para apresentar documentos emitidos por terceiros, em nome de clientes e que tal procedimento é absurdo, tendo em vista que as notas fiscais pertencem aos clientes e não podiam ficar com a empresa. E também que o diligente telefonou para diversos clientes que a empresa prestou serviços, solicitando documentos fiscais, o que causou constrangimento e dano a empresa ao afugentar seus clientes, nos termos do art. 37, parágrafo 6º da CF;

- c) que foi intimado para comprovar sua inscrição e emissão de documentos relativos a prestação de serviços, que no seu entendimento constituem fatos geradores do ISS, os quais estão fora da competência tributária do Estado;
- d) que em atendimento à intimação do diligente para apresentar o Livro de Ocorrências, ficou constatado a inexistência do Termo de Início de Fiscalização, que deveria ter sido lavrado pelo autuante, conforme disposto no art. 196 do CTN e 28, I do RPAF/BA, o que trouxe prejuízo para a empresa, que foi autuada sem estar sob ação fiscal, cerceando o seu direito de defesa.

Afirma que tacitamente o autuante confirma o que foi alegado na defesa, que tendo como atividade a prestação de serviços, não comercializava mercadorias. Diz que prova disso é que ao empreender a ação fiscal, ficou constatado a inexistência de mercadorias na empresa, mesmo porque se existisse e estivesse desacompanhado de notas fiscais, seria obrigação da fiscalização de trânsito fazer a sua apreensão.

Alega que a denúncia juntada ao processo, de pessoa anônima, ratifica o entendimento de que era prestador de serviços; não vendia mercadorias; na condição de prestador de serviços não tinha obrigação de ter inscrição no Estado e ter talões de notas fiscais.

Afirma que os documentos juntados pelo autuante junto com a informação fiscal (fl. 464 a 469) para tentar provar que o contribuinte vendia mercadorias, não serve de prova, pois se trata de documentos emitidos após a ação fiscal e que este procedimento foi adotado para evitar transtornos com o fisco.

Destaca que diante da atitude do fisco de lacrar seu estabelecimento, sem que apreendesse qualquer mercadoria, não procede a acusação de que utilizou documento não fiscal para acobertar venda de mercadorias, tendo em vista que não vendia e nem fornecia mercadorias e sim prestava serviços de decoração.

Ressalta que as provas trazidas no processo foram colhidas de forma ilícita, tendo em vista que foram apreendidos diversos documentos, e lacrado o estabelecimento sem uma justificativa plausível, inclusive ter o autuante elaborado uma relação do que estava sendo apreendido só depois de ter feito à apreensão e assinado como testemunha, o próprio policial que fez parte da ação fiscal, faltando uma segunda testemunha, conforme previsto na legislação tributária. E ainda, que não houve assinatura do Termo de Depósito, ficando sem saber o que foi apreendido.

Transcreve à fl. 538, à ementa do Acórdão JJF de nº 015-02/05, cuja Decisão foi julgada nula, para reforçar o seu entendimento de que há uma discrepância entre o Auto de Infração e o Termo de Apreensão.

Finaliza pedindo a nulidade da autuação, por se basear-se em provas obtidas de forma ilícita, e se vencidas as preliminares de nulidade, que o Auto de Infração seja julgado improcedente, porque as provas juntadas ao processo não comprovam qualquer infração e sim que o autuado prestava serviços não contemplados no campo de tributação do ICMS.

O autuante, manifestou-se às fls. 544 e 545, acerca da manifestação do autuado e disse que em relação ao argumento defensivo de que não comercializava mercadorias, as mesmas só não foram apreendidas “em virtude de tratar-se de pedras como mármore e granito em estado bruto e algumas lapidadas, entre outras mercadorias de difícil identificação e quantificação”. Este fato, deu motivo a lacração do estabelecimento, por estar funcionando clandestinamente e sem qualquer documento fiscal, e sem identificação da empresa.

Ressalta que a autuação não se refere a mercadorias em estoque e sim comercializadas com documentos não fiscais, inclusive com identificação das formas de pagamento (cheques).

Quanto a ausência do registro do Termo de Início de Fiscalização, no Livro de Ocorrências da empresa, esclarece que o art. 28, § 5º do RPAF/BA, dispensa tal procedimento, quando se tratar da fiscalização do trânsito de mercadorias.

Contesta a alegação defensiva de que só prestava serviços de decoração, haja vista que foi intimada por duas vezes e não comprovou a sua inscrição municipal e a emissão de documentos fiscais relativos aos serviços prestados.

Esclarece que o procedimento fiscal obedeceu o devido processo legal, tendo o autuado tomado conhecimento de todos documentos que compõem o PAF. Diz que o estabelecimento autuado foi identificado funcionando, sem qualquer equipamento emissor de cupom ou nota fiscal, o que motivou à apreensão dos documentos não fiscais emitidos, como prova do ilícito fiscal.

Ratifica o teor contido na informação fiscal inicial (fl. 457 a 462 e 507 a 508), na qual caracterizou a infração por comercializar mercadorias e prestar serviços, sem a emissão de qualquer documento fiscal.

A Junta de Julgamento Fiscal, ao decidir a lide, exarou o voto a seguir reproduzido:

“O autuado suscitou a nulidade do lançamento sob alegação de que foram cometidas diversas arbitrariedades pela fiscalização, para obter provas por meios ilícitos. Verifico que no início da ação fiscal, foram apreendidos diversos documentos não fiscais e intimado o estabelecimento autuado a apresentar documentos fiscais para comprovar a regularidade das operações mercantis por ele praticadas. Constatou que, não tendo o responsável assinado a intimação e Termo de Apreensão de Mercadorias no primeiro momento, posteriormente o seu representante, o Sr. Carlos Alberto Araújo, recebeu cópias dos documentos mediante recibo dos mesmos (verso das fls. 03 a 07), em data anterior à da lavratura do Auto de Infração (24/08/04), e apresentou impugnação, demonstrando que compreendeu e se defendeu dessa acusação, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, o que não acarreta a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA, motivo pelo qual não acolho tal pedido.

Quanto a nulidade pretendida sob à alegação de que houve cerceamento ao seu direito de defesa, por não ter lavrado no livro próprio, o Termo de Início de Fiscalização, também não pode ser acolhida, tendo em vista que art. 29, “b” do RPAF/BA, é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização ou do Termo de Apreensão, quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, que é o caso deste Processo Administrativo Fiscal (PAF), conforme Termo de Apreensão de Mercadorias juntado à fl. 3.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS em razão de utilização de documento extra fiscal em substituição à nota fiscal.

O autuado, na sua impugnação, alegou que presta serviços de decoração em lojas e residências, que envolve planejamento, consultoria técnica, desenhos, projetos específicos, bem como acompanhamento ou execução, por administração ou por empreitada, fornecendo apenas mão de obra, com materiais fornecidos pelo cliente e que não vende nem fornece os materiais empregados nos serviços.

Alegou que a fiscalização apreendeu diversos papéis que no seu entendimento não comprova que seu estabelecimento vende materiais, sendo infundada a suposta denúncia de que vende mercadorias sem emitir documento fiscal. Afirmou que estaria obrigado, como prestador de serviços, a emitir a nota fiscal de prestação de serviços prevista pela legislação municipal, recebendo do fornecedor dos materiais a Nota Fiscal da venda das mercadorias.

Esta 3ª JJF, converteu o processo em diligência para que o autuado provasse suas alegações, ou seja, que trouxesse ao processo:

- a) as cópias das notas fiscais relativas ao fornecimento de material por terceiros, relacionados nos documentos apreendidos e juntado às fls. 15 a 428, e;
- b) as notas fiscais emitidas por ele pelo suposto serviço prestado, com a comprovação do pagamento do ISS correspondente.

No entanto, o diligente fez duas intimações ao autuado e nenhum documento foi apresentado para provar o que foi alegado, limitando-se a dizer que não poderia apresentar documentos de posse de terceiros e que não caberia ao fisco Estadual, fiscalizar o imposto de competência Municipal.

Verifico que os documentos juntados pelo autuante ao presente processo (fl. 15 a 428), identifica o fornecimento de diversos materiais (peitoril, soleira, ardósia, bancada para banheiro, pedra portuguesa, tampo de mesa, pedra São Tomé, arenito, granito bruto, etc), com identificação dos compradores, e em alguns casos de transferência para o estabelecimento Matriz.

Entendo que, se o autuado trouxesse ao processo as cópias das notas fiscais de compras efetuadas por seus clientes, que comprovasse o pagamento do ICMS daquelas operações, e também as cópias das notas fiscais de prestação de serviços por ele efetuados, que permitissem uma perfeita vinculação com o fornecimento das mercadorias por parte de terceiros, certamente comprovaria a regularidade das operações. Como nada disso foi apresentado, nem no momento da defesa e nem perante a intimação em atendimento a diligência fiscal determinada por esta JJF, a alegação do autuado de que apenas prestou serviços, constitui mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Além do mais, o documento fiscal juntado pelo autuante à fl. 12, indica que o autuado foi incluído no cadastro de contribuintes a partir de 30/03/04 e tendo a autuação ocorrida em 01/09/04, não foi trazido ao processo nenhum documento fiscal emitido pelo autuado para provar a regularidade de emissão de documentos fiscais, relativo ao período em que foram emitidos documentos não fiscais (abril a julho/04).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

No Recurso Voluntário, o contribuinte suscitou as mesmas nulidades argüidas na 1^a Instância. Apontou, inicialmente, (6) seis omissões da Decisão recorrida. Sustenta que a 1^a omissão diz respeito à relação dos bens apreendidos, cuja discriminação no termo próprio só teria sido efetuada após a apreensão, configurando produção de prova ilícita, fato não enfrentado pelo julgador “*a quo*”. A segunda omissão argüida refere-se a falta de assinatura de termo de depósito, dizendo que a Junta silenciou quanto a esta falha. Na mesma linha de raciocínio a terceira omissão, vinculada a falta de assinatura pelo depositário do termo onde consta o rol de documentos apreendidos. Na quinta omissão alega que o Termo de Apreensão foi assinado por apenas 1 testemunha, prescrevendo a legislação a necessidade de assinatura por duas testemunhas. Argumenta que o julgador de 1º grau também silenciou quanto a este fato. Na 5^a omissão aponta a inadmissibilidade da prova produzida, no caso o termo de apreensão com os vícios que o inquinam, por ser prova ilícita. Por último, alega como sexta omissão da Decisão recorrida, a questão pertinente ao fato de que o Termo de Apreensão ter sido lavrado em nome de pessoa distinta do autuado, no caso o Sr. Osmundo Paulo Ferreira dos Santos, ao passo que o Auto de Infração fora lavrado em nome de Decorally Decorações, Comércio e Serviços.

No mérito, trouxe os seguintes argumentos. Reitera que a empresa, à época da autuação, era prestadora de serviços de decoração, com materiais do cliente, não efetuando a venda nem fornecimento de mercadorias. Argumentou que este fato se encontra provado nos autos já que a fiscalização apreendeu apenas papéis não tendo apreendido nenhuma mercadoria. Afirma que o auditor jamais esteve na empresa não podendo assegurar a existência mercadorias em suas dependências. Repisou o argumento de que as provas produzidas no processo são ilícitas, não podendo ser acatadas, por expressa vedação constitucional.

Formulou pedido pela nulidade do Auto de Infração e caso superadas as questões preliminares, requereu a improcedência do lançamento.

A Procuradoria Estadual, ao exarar Parecer nos autos afirmou que os documentos que lastreiam a infração consignada no lançamento de ofício são notas de vendas de mercadorias que foram apreendidas para consubstanciar o fato alegado de que a empresa comercializava mercadorias, mesmo estando com Inscrição Estadual cancelada e sem emissão de Nota Fiscal. Declarou que todas as nulidades suscitadas pela defesa foram objetivamente enfrentadas na Decisão recorrida, pelo que não vislumbrou qualquer irregularidade que conduzisse ao cerceamento de defesa. No mérito, afirmou que os documentos não fiscais apreendidos revelam que a empresa comercializava com mercadorias, ao passo, que lhe foi concedida oportunidade para trazer aos autos as notas fiscais correspondentes, o que não feito, sob a alegação que nada vendia, e que apenas prestava serviço. Somando-se a isso, a informação prestada pelo auditor fiscal de que no estabelecimento comercial foram encontradas mercadorias, fato que corrobora o entendimento de que a empresa autuado praticava atos de comércio. Concluiu, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente passo a enfrentar as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente. Argumenta o mesmo que foram seis omissões da Decisão recorrida, que resultaram em vício insanável do Acórdão de 1º grau. Afasto as argüições de nulidade, fundamentado em dois argumentos. O primeiro argumento, resulta da leitura da Decisão recorrida, que foi totalmente transcrita no relatório, parte integrante da presente Decisão. Conforme se pode deduzir da leitura do citado relatório, todas as questões formuladas pela defesa foram devidamente enfrentadas pelo julgador “a quo”, uma a uma, não havendo quaisquer das omissões apontadas na peça recursal. O segundo argumento, tem por base o princípio do não prejuízo, ou em vernáculo, “pas de nulité sans grife”, pois todas as formalidades que a parte recorrente alega que não foram atendidas na elaboração do lançamento de ofício, em nada afetaram a apreciação do mérito da lide, tendo o contribuinte, através de seu advogado, ingressado na discussão acerca das questões substanciais que envolveram lançamento contestado. Além disso, a legislação que rege o processo e os procedimentos administrativos fiscais, em especial o RPAF, não prevêem como hipóteses de anulação dos atos do processo as omissões que o sujeito passivo apontou em seu Recurso. Assim, baseado naquele princípio de ordem processual e nas disposições da legislação em vigor, afasto todas as nulidades argüidas pelo contribuinte.

Não acato também a alegação de que a prova produzida pela fiscalização, referente à apreensão dos documentos que atestam a prática de operações mercantis, seja de natureza ilícita. Entre as prerrogativas que a legislação confere aos órgãos de fiscalização de tributos, destaca-se a possibilidade de proceder à apreensão de livros, documentos, papéis, objetos e meios magnéticos que constituírem prova da infração tributária, exceto livros da contabilidade geral da empresa. Assim dispõe o art. 940, inc. VIII, do RICMS/97.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em razão de utilização de documento extra-fiscal em substituição à nota fiscal. O autuado, ao se defender, afirmou que presta tão-somente serviços de decoração em lojas e residências, que envolvia planejamento, consultoria técnica, desenhos, projetos específicos, bem como acompanhamento ou execução, por administração ou por empreitada, fornecendo apenas mão de obra, com materiais fornecidos pelo cliente e que não vendia nem fornecia os materiais empregados nos serviços.

O julgador de 1º grau converteu o processo em diligência, possibilitando que o autuado demonstrasse a veracidade das suas alegações. Todavia, nada foi trazido ao processo que abonasse as alegações defensivas.

Resultou, sem contestação os documentos juntados pelo autuante ao presente processo (fl. 15 a 428), que identificam o fornecimento pelo estabelecimento autuado de diversos materiais (peitoril, soleira, ardósia, bancada para banheiro, pedra portuguesa, tampo de mesa, pedra São Tomé, arenito, granito bruto, etc), estando, portanto, configurada a prática de operações

mercantis sujeitas à incidência do ICMS, com as seguintes agravantes: o contribuinte deixou de emitir as notas fiscais que dessem cobertura às saídas das mercadorias e a inscrição estadual do seu estabelecimento se encontrava cancelada perante os órgãos fazendários. Ficou, portanto, demonstrada por via documental a prática da infração imputada ao sujeito passivo na peça de lançamento.

Assim, ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de 1º grau em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 09340343/04, lavrado contra DECORALLY - DECORAÇÕES COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$9.808,29, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS