

PROCESSO - A. I. Nº 0945874340/08
RECORRENTE - JOZEILTON SANTOS SILVA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0225-05/09
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 24/09/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0283-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INTIMAÇÃO AO AUTUADO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Comprovada a existência de vícios insanáveis no procedimento fiscal. Acolhida a preliminar de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, colacionado às fls. 55 a 57, interposto em face da Decisão primária que confirmou totalmente o lançamento fiscal, condenando o autuado no valor de R\$18.948,13, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 04/08/2008 decorre da seguinte infração:

“ICMS sobre diversas caixas de cosméticos estocadas em estabelecimento clandestino sem documentação fiscal de origem, conforme termo de apreensão e relação anexa.”. Infração tipificada nos artigos 50, 56 e 150 c/c o artigo 191 do RICMS.

A 5ª JJF, após análise das peças processuais, decidiu pela total procedência da autuação, a qual transcrevo.

“O Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS em decorrência de estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal de origem em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, lavrando-se, por consequência, o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 084717, fl. 03, relativo às mercadorias relacionadas na Declaração de Estoque de fls. 04 a 05.

O autuado apresentou defesa reconhecendo que as mercadorias estavam armazenadas em depósito não cadastrado na SEFAZ, entretanto, afirmou que isto não atrai a hipótese de incidência do ICMS, pois as mesmas foram adquiridas através de notas fiscais, tendo anexado cópias às fls. 09 a 24.

O autuante informou que, por força de Mandado de Arrombamento Domiciliar expedido pelo Juiz da Comarca de Santo Antonio de Jesus, acompanhado de Oficial de Justiça, arrombou o depósito clandestino onde estavam as mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal o que culminou no presente Auto de Infração e que as notas fiscais apresentadas na defesa contêm endereço diferente do local onde as mercadorias foram encontradas, não sendo, por isso, possível a aceitação de tais documentos.

Analisando os autos, constato que o lançamento está revestido das formalidades legais, tendo sido praticado por autoridade competente, sem preterição do direito de ampla defesa, possui plena fundamentação legal, nele não se observando erro ou vício e contém os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator.

No mérito, o autuado não questionou a base de cálculo e o valor do imposto exigido nem contestou a acusação de que no momento da apreensão as mercadorias estavam desacompanhadas da necessária documentação fiscal em estabelecimento não inscrito.

Verifico que tanto a declaração de estoque de fls. 04 e 05 como o termo de apreensão de fl. 03, indica o autuado como proprietário das mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal de origem, encontradas em um depósito não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, sendo o Termo de Apreensão devidamente assinado pelo preposto que atendeu a fiscalização.

No caso presente, o impugnante reconhecendo a clandestinidade do depósito estavam desacompanhadas de notas fiscais, limita-se a dizer que as merca

notas fiscais cujas cópias trouxe aos autos junto à peça de defesa, entretanto, noto que os documentos fiscais apresentados possuem como endereço do destinatário a Rua Esperanto, nº 413, Bairro São Benedito, enquanto que as mercadorias foram encontradas em endereço diverso, 1ª Travessa da Conceição, nº 147. Ademais, confrontando as mercadorias relacionadas nas fls. 4 e 5, observo que não há plena coincidência de espécie nem quantidade. Por exemplo, nas notas fiscais não constam as mercadorias Condicionador Humidus 300ML, Condicionador Bioextra 400ML, Creme Pentear Nutrihair 300ML, creme Pentear Vita Oil 340ML, Creme Pentear Bio Extra 120ML, Creme Pentear Umidecidus 1000G, Creme Pentear Nutrihair 400ML, Hidratande Bio Extra 400ML, Manutenção Humidus 400ML, Manutenção 435ML, Mascara Humidus 480ML, Mascara Nutrihair 500ML, Sabonete Intimus 200ML, o que demonstra que as notas fiscais apresentadas não guardam relação com as mercadorias apreendidas e objeto deste Auto de Infração.

De outro modo, para elucidar em tempo hábil qualquer eventual dúvida a esse respeito, as notas fiscais deveriam ter sido apresentadas no momento da apreensão das mercadorias no estabelecimento clandestino quando foi realizada a contagem física de estoque na presença de preposto do autuado. Nesse sentido, a legislação é clara ao indicar que mercadoria armazenada sem documentação que comprove sua origem configura infração fiscal que não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal (art. 911, §§ 3º e 5º do RICMS/BA).

Assim, os elementos constantes do processo comprovam que no momento da ação fiscal, foi identificada a estocagem das mercadorias objeto deste Auto de Infração em estabelecimento sem inscrição no cadastro dos contribuintes da Bahia e desacompanhadas de documento fiscal pertinente. Nesse caso, a exigibilidade do imposto recaiu sobre o detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável, de acordo com o art. 39, V, do RICMS/97.

Vale ressaltar, que de acordo com o art. 152, do RICMS/97, se o contribuinte mantiver mais de um estabelecimento, seja filial, sucursal, agência, depósito, fábrica ou qualquer outro, em relação a cada um deles será exigida uma inscrição, considerando-se estabelecimentos distintos.

Deste modo, restou comprovado a infração e não tendo sido comprovado por meio de documentos fiscais, a regularidade nas aquisições das mercadorias, deve ser mantida a exigência fiscal, sendo o Termo de Apreensão prova material da inexistência do documento comprobatório no momento da ação fiscal.

Protocolizada impugnação de fls. 55 a 57, diz o autuado que, com base nos próprios fundamentos da Decisão recorrida, inexiste hipótese de incidência de ICMS e que, portanto, não seria lícita a cobrança do imposto.

Diz que, quanto ao endereço onde foram encontradas as mercadorias, 1ª Travessa da Conceição, nº 147, era, à época, o endereço residencial do autuado, e que o endereço constante do campo “destinatário” das notas fiscais que apresentou em sua peça defensiva, era o da sede do estabelecimento comercial do autuado. Reitera sua tese de que inexiste hipótese de incidência tributária e invoca o art. 155, II da Constituição Federal para dizer que “não é crível que tenha havido circulação de mercadorias, como negócio jurídico, entre o estabelecimento do autuado e sua própria residência”, e que “o simples fato das mercadorias estarem armazenadas em depósito desprovido da necessária inscrição estadual não atrai a hipótese de incidência de ICMS, especialmente quando as mesmas possuem a necessária documentação fiscal... ”.

Aduz que as notas fiscais apresentadas em sua primeira peça de defesa discriminam produtos coincidentes com aqueles encontrados pela fiscalização, e que todas as mercadorias foram adquiridas através de operações lícitas de compra e venda e que os impostos foram devidamente destacados.

Por fim, diz que, ao contrário do que consta na Decisão recorrida, nenhum representante ou preposto da empresa acompanhou a contagem das mercadorias, apontando tal fato como motivo de nulidade da ação fiscal. Diz, ainda, que apresentou, na sua peça defensiva, a documentação comprobatória da origem das mercadorias.

Pugna pelo Provimento do seu Recurso Voluntário para tornar improcedente a autuação.

A PGE/PROFIS, através da Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, emite Parecer opinando pelo não provimento do Recurso voluntário, dizendo que a alegação de que o local onde foram encontradas as mercadorias é a residência do sócio da empresa, que não é capaz de afastar a incidência do ICMS por substituição tri passiva do detentor. Cita o art. 6º, II, “c” do RICMS.

Finaliza dizendo que as notas fiscais trazidas aos autos pela peça de defesa não são capazes de demonstrar a regularidade das mercadorias, vez que não guardam preciso correlação entre as mercadorias ali indicadas e as que foram apreendidas.

Na assentada de julgamento da 2ª CJF do dia 23/08/2010, a ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, se manifesta, divergindo do Parecer anteriormente exarado, pela nulidade do presente PAF, por entender estar a autuação eivada de vícios insanáveis, a exemplo da falta de assinatura do autuado ou de duas testemunhas no levantamento das mercadorias apreendidas; da falta de indicação, por parte do autuante, da fonte de coleta dos valores das mercadorias constantes do levantamento que serviu de base de cálculo para apuração do imposto exigido e da própria falta de intimação ao autuado para se pronunciar nos autos.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O recorrente suscita, em sede de preliminar, a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que a contagem das mercadorias apreendidas foi feita sem a presença de representante ou preposto do autuado.

O Decreto nº 7.629/99 – RPAF determina:

Art. 18. São nulos:

- I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;*
 - II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*
 - III - as decisões não fundamentadas;*
 - IV - o lançamento de ofício:*
- a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*
(...)

Da análise dos autos, verifico que, de fato, o recorrente faz-se acompanhar de justa razão, pois, quanto ao alegado, é verdade que do rol de mercadorias apreendidas, não consta assinatura do recorrente, nem mesmo de duas testemunhas, de modo a garantir que o rol de mercadorias presentes nos autos correspondam fielmente às mercadorias efetivamente apreendidas e que serviram de base para determinação da base de cálculo.

Em se tratando da base de cálculo do imposto exigido, observo que o autuante não aponta nem faz qualquer menção à fonte por ele utilizada para a determinação dos valores das mercadorias apreendidas e objeto da presente infração.

Por fim, não consta nos autos que o recorrente tenha tomado conhecimento dos levantamentos feitos pelo autuante, o que se configura, em última análise, em cerceamento de defesa, direito garantido ao contribuinte por dispositivo constitucional.

Assim, da análise da preliminar de nulidade suscitada, comungo do entendimento da Ilustre procuradora da PGE/PROFIS presente à sessão de julgamento, que divergiu do Parecer anterior (fl. 62) e opinou pela nulidade do feito, pois, sem sombra de dúvida, está o presente PAF eivado de nulidades insanáveis, que impedem a sua apreciação, visto que, restou comprovada a falta de assinatura do autuado ou de duas testemunhas no levantamento das mercadorias apreendidas, da falta de indicação, por parte do autuante, da fonte de coleta dos valores das mercadorias constantes do levantamento que serviu de base de cálculo para apuração do imposto exigido e da própria falta de intimação ao autuado para se pronunciar nos autos.

Isto posto, conheço do Recurso Voluntário interposto, e voto reformar a Decisão recorrida e tornar nulo o presente PAF.

A rigor do art. 21 do RPAF-BA, recomendo seja refeita a fiscalização a salvo das falhas apontadas, de modo que seja respeitado o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **0945874340/08**, lavrado contra **JOZEILTON SANTOS SILVA**. Recomenda-se o refazimento da fiscalização, a salvo de falhas apontadas, de modo que seja respeitado o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ALEINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS