

**PROCESSO** - A. I. Nº 271351.0071/08-0  
**RECORRENTE** - LEONARDO DE SOUZA AGUIAR (COMERCIAL AGUIAR)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0243-01/09  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 03/11/2010

## 2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0346-12/10

**EMENTA:** ICMS. ESTOCAGEM DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL IDÔNEA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. A falta de intimação ao autuado para apresentar documentos e livros fiscais que pudessem elidir a autuação ou parte dela, garantindo o direito à ampla defesa e ao contraditório durante o procedimento fiscal enseja a nulidade do Auto de Infração, em face da insegurança na determinação da infração e do montante do débito exigido. Acatada a nulidade arguida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário movido pelo contribuinte com o intuito de impugnar a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe. O referido Auto de Infração, lavrado em 18/12/2008, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 656,17, acrescido da multa de 100%, em decorrência de estocagem de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal idônea, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia. Consta na “Descrição dos Fatos”, que a autuação teve com base o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos - T.A.M.D. nº 038320, observado, ainda, que os preços foram fornecidos pelo próprio contribuinte.

O autuado apresentou sua defesa inicial (fls.13/14), requerendo a nulidade do lançamento de ofício, sob o argumento de que o Auto de Infração não informa a sua ordem de serviço, por ser contribuinte inscrito no cadastro do ICMS.

Invoca o artigo 911, §5º do RICMS/BA, para afirmar que, embora a infração tenha sido constatada pela equipe de Fiscalização de trânsito de mercadorias, elas se encontravam estocadas em seu estabelecimento e não no trajeto do seu destino.

Assevera que a auditoria levada a efeito pelo Fisco não solicitou as notas fiscais de aquisições, livros fiscais, livro Registro de Inventário, para determinar com exatidão quais as mercadorias foram adquiridas sem documento fiscal, sendo a ação fiscal realizada de forma incompleta, não trazendo certeza quanto ao valor da base de cálculo. Alega, ainda, que não existe qualquer referência sobre a forma como foi encontrado o preço médio unitário das mercadorias.

Conclui, requerendo a improcedência da autuação.

O autuante designado para prestar a informação fiscal, se pronunciou às fls. 18/19, contestando as alegações defensivas, afirmando que: *“procedeu à contagem das mercadorias em estoque, documentando o procedimento através de Declaração de Estoque juntada aos autos. Nela estão claramente discriminadas e assinaladas as quantidades das mercadorias objeto da ação fiscal no estabelecimento do autuado”* O auditor fiscal assevera que própria esposa do titular do autuado. Acrescenta que os preços f

contribuinte, sendo aqueles por ele praticados. Prosseguindo, diz que o procedimento se desdobrou no Termo de Apreensão n. 038.320, cuja ciência foi dada pelo contribuinte, conforme assinatura, servindo o referido termo de base para a lavratura do Auto Infração.

Registra que a apreensão decorreu em função da falta de apresentação das notas fiscais suporte das operações de entradas de mercadorias estocadas no estabelecimento autuado, não havendo porque se falar em insegurança, ou irregularidade no procedimento, pois este foi iniciado com a lavratura do termo acima referido, em conformidade com o artigo 26, inciso I, do RPAF/99, em virtude de não terem sido apresentados os documentos requeridos para comprovar a regular aquisição das mercadorias estocadas.

Segundo o autuante, não existe nulidade de procedimento prevista em lei, em virtude de não ter sido explicitada a ordem de serviço, não havendo prejuízo ao direito de ampla defesa do contribuinte, haja vista que este pode contestar os fatos trazidos a julgamento, através da comprovação da regularidade da documentação das mercadorias estocadas no estabelecimento.

Diz que o autuado no exercício do direito de ampla defesa e do contraditório pode impugnar a autuação, através da comprovação da regularidade da documentação das mercadorias estocadas, contudo, assim não agindo, implica na presunção de veracidade da acusação fiscal, consoante o artigo 142 do RPAF/99.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal manifestou-se diante do caso em lide, julgando Procedente o Auto de Infração, nos termos transcritos abaixo:

*“Versa o Auto de Infração em lide sobre irregularidade atribuída ao autuado, decorrente de estocagem de mercadoria no estabelecimento, desacompanhada de documentação fiscal idônea.*

*Do exame das peças processuais, verifico que o autuado arguiu a nulidade da autuação, por não haver indicação no Auto de Infração da Ordem de Serviço, tendo vista a sua condição de contribuinte inscrito no cadastro do ICMS. Alega ainda que, a infração foi constatada pela equipe de Fiscalização de trânsito de mercadorias, porém, as mercadorias se encontravam estocadas em seu estabelecimento e não em trânsito.*

*Sustenta também que a auditoria levada a efeito pelo Fisco não solicitou as notas fiscais de aquisições, livros fiscais, livro Registro de Inventário, para determinar com exatidão quais as mercadorias foram adquiridas sem documento fiscal, sendo a ação fiscal realizada de forma incompleta, não trazendo certeza quanto ao valor da base de cálculo, além de não existir qualquer referência sobre a forma como foi encontrado o preço médio unitário das mercadorias.*

*Certamente, não pode prosperar a pretensão defensiva de nulidade do Auto de Infração, haja vista que o procedimento fiscal foi realizado em consonância com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, inexistindo vício ou falha que o inquine de nulidade.*

*A ausência de informação no Auto de Infração sobre a Ordem de Serviço, não é fator determinante de nulidade do ato. Na realidade, a Ordem de Serviço tem o cunho gerencial, ou seja, destina-se ao controle da administração tributária dos trabalhos executados pela Fiscalização, não produzindo qualquer efeito na relação jurídica tributária existente entre o sujeito ativo e o sujeito passivo.*

*A invalidade do ato poderia ser suscitada se, por exemplo, não tivesse sido lavrado o Termo de Apreensão que deu início a ação fiscal. Contudo, verifica-se no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n. 038320, lavrado em 09/12/2008, que o autuado tomou ciência da ação fiscal, inclusive, assinando o referido termo, inexistindo qualquer ofensa ao seu direito de ampla defesa e do contraditório. Rejeito, portanto, a nulidade arguida.*

*No mérito, constato que o autuado não traz elementos de provas hábeis capazes de elidir a autuação, a exemplo de notas fiscais que guardassem correspondência com as mercadorias arroladas na autuação. Na realidade, apenas alega não ter sido intimado a apresentar as notas fiscais, contudo, mesmo em momento posterior, ou seja, quando da apresentação da defesa, não trouxe aos autos qualquer documento fiscal que pudesse permitir analisar as suas razões.*

*Importante registrar que dentre as mercadorias arroladas na autuação, no caso, farinha de trigo, açúcar cristal, óleo de soja, whisky Chanceler e Vodka Baikal, os autuantes excluíram apenas a Vodka Baikal, em virtude de ter sido apresentada a respectiva nota fiscal de entrada, conforme consta no Termo de Apreensão (08).*

*Ora, se o contribuinte apresentou uma nota fiscal que elidiu parcialmente a ação fiscal, não se apresenta razoável que possuindo as demais notas fiscais não tenha apresentado, sob a alegação de não ter sido intimado.*

*Ademais, conforme dito acima, na própria defesa apresentada poderia trazer as alegadas notas fiscais porventura existentes, o que permitiria ao órgão julgador analisar, até mesmo com a realização de diligência, se fosse o caso.*

*Verifico também que não procede a alegação defensiva de inexistência nos autos de explicação sobre a forma como foi apurado o preço médio unitário, haja vista que consta na Declaração de Estoque à fl. 09, a indicação do preço praticado pelo próprio autuado, conforme assinatura de preposto da empresa que acompanhou a contagem física do estoque. Vale consignar que não se trata de preço médio, pois a exigência fiscal não diz respeito à omissão de saídas de mercadorias, mas de estocagem de mercadorias sem documento fiscal, significando dizer que o preço deve ser aquele praticado na saída daquela mercadoria, conforme informado pelo próprio autuado.*

*Diante do exposto, considero subsistente a infração, haja vista que a não apresentação de elementos comprobatórios permite concluir como verdadeira a acusação fiscal, consoantes os artigos 141, 142 e 143, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

O contribuinte moveu Recurso Voluntário, fls.57 a 60, impugnando a Decisão de 1ª Instância, alegando 5 argumentos de defesa, são eles:

- 1 Termo de Início de Fiscalização, não lavrado – Segundo o contribuinte, essa omissão gera a própria nulidade dos autos subsequentes da Fiscalização, tornando ineficaz o Auto de Infração e, conseqüentemente, o Processo Administrativo Fiscal da originária, mesmo porque ninguém adquire direitos agindo contra a Lei (RDA 38/259).
- 2 Auto de Infração e imposição de multa lavrado fora do estabelecimento da petionaria. Ineficácia do procedimento (Decreto Federal nº70.235/72, artigo 10) – Alegou que o autuante, além de realizar a contagem física dos estoques, como o fez, deveria ter solicitado os livros de registro de entrada, saída, inclusive o livro de inventário para a verificação dos estoques iniciais existentes em 31 de dezembro de 2007, quando nenhum motivo relevante impediu esse procedimento normal e usual na fiscalização de todo e qualquer tributo ou contribuição: porque da lavratura fora do estabelecimento fiscalizado, quebra a segurança jurídica e a própria seriedade e pessoalidade que deve existir nas relações fisco-contribuinte e nos atos administrativos.
- 3 Da assinatura e a base de cálculo do ICMS – Salientou que a ação fiscal foi realizada de maneira incompleta, não dando a certeza ao valor da base de cálculo do imposto, uma vez que não existe qualquer referência da forma que foi encontrado o preço médio unitário das mercadorias, o que deixa claro que o Auto de Infração não segue os preceitos dos artigos 28 e 29 do RPAF. Salientou que o termo de Apreensão foi lavrado em empresa distinta do autuado, não revestido das formalidades legais, com descrição de fatos não comprovados e sem assinatura do responsável nem data da ciência, sem a ordem de serviços.
- 4 Lavratura do Auto de Infração – Ressaltou que é dever do servidor público cumprir as normas regulamentares e legais, porém desde que sejam constitucionais, justamente para obstar ao Poder Público de cobrar, lançar, criar ou exigir tributos ou contribuições a seu bel-talante.
- 5 Do Recurso da Fazenda Nacional – Os autuantes afirmaram terem efetuado a contagem das mercadorias em estoque na empresa, tendo o fato sido conhecido pela Senhora Marilene Souza Aguiar, esposa do titular da empresa, entretanto, o contribuinte afirma que esta pessoa citada não é sua esposa, sendo que sua esposa é Saionara Lacerda Pereira de Aguiar, e nem faz parte do quadro empresarial podendo ser constatado pela certidão de casamento e pelo contrato firma individual. Alegou que a assinatura de ciência do Termo de Apreensão não é do titular da empresa, tendo o contribuinte tomado conhecimento do ocorrido através de postal AR. Salientou que na apuração unitária do estoque ter mencionar mercadoria por mercadoria, com a classificação, disc

permitisse a perfeita identificação das mercadorias, isso porque os preços são infinitamente diferentes, e interferem na apuração da base de cálculo e no resultado final.

Concluiu a sua peça recursal, requerendo pelo conhecimento e provimento do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS emitiu o seu Parecer opinativo, fls. 66 a 69, através da ilustre procuradora Dra. Maria José Ramos Coelho, alegando, preambularmente, que as arguições de nulidade feitas pelo contribuinte não devem prosperar, uma vez que o lançamento tributário não apresenta erros ou vícios capazes de provocar a declaração de nulidade ou mesmo de ensejar prejuízos para o contribuinte.

Salientou que a ausência de Ordem de Serviço não representa causa de nulidade, uma vez que se trata de documento voltado ao controle da administração tributária das atividades desenvolvidas pelos prepostos fiscais, não surtindo qualquer efeito nocivo na relação jurídica travada entre Fisco e contribuinte.

Ressaltou que, de acordo com o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, lavrado em 09/12/2008 dentro da empresa, e assinado pelo recorrente, resta evidente a ciência quanto à instauração do procedimento fiscal e quanto aos motivos da autuação.

Invocou o art.201, inciso I e art.208, incisos IV e V do RICMS/BA, os quais dispõem que é obrigatória a emissão de nota fiscal antes de iniciada a saída das mercadorias, fato não observado pelo contribuinte que não colacionou aos autos documentos fiscais capazes de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal. Assim sendo, inexiste dúvida quanto à materialização do fato gerador do ICMS, tendo em vista que as mercadorias foram encontradas desacompanhadas de documento fiscal.

Concluiu, opinando pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário.

## **VOTO**

Compulsando os autos, verifiquei que a matéria diz respeito à insurgência do autuado contra a Decisão da 1ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide.

Quanto aos argumentos do contribuinte solicitando a nulidade da autuação, sob o fundamento da ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa por falta de motivação da Decisão de 1ª Instância, no que tange aos termos constantes ao segundo argumento exarado na sua peça recursal, ou seja, alegou que o autuante, além de realizar a contagem física dos estoques, como o fez, deveria ter solicitado os livros de registro de entrada, saída, inclusive o livro de inventário para a verificação dos estoques iniciais existentes em 31 de dezembro de 2007, quando nenhum motivo relevante impediu esse procedimento normal e usual na fiscalização de todo e qualquer tributo ou contribuição.

Neste Recurso Voluntário o autuado se esmera em trazer argumentos relacionados a supostos vícios procedimentais, que teriam prejudicado o seu direito à ampla defesa, muitos dos quais, a meu ver descabidos. Todavia, no que tange ao argumento supracitado, merece atenção o fato do autuante, ao finalizar o seu procedimento de fiscalização constante à fl. 9, não ter intimado, à luz do rigor do procedimento fiscal, o autuado a apresentar as notas fiscais das mercadorias e/ou livro Registro de Inventário, garantindo o direito da ampla defesa e do contraditório durante o procedimento fiscalizatório.

Tal falha procedimental enseja a nulidade do Auto de Infração em tela, em face da insegurança na determinação da existência e/ou mensuração da infração imputada na referida autuação, conforme preceitua o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Assim sendo, consubstanciado em tudo exposto e na busca da verdade material, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 271351.0071/08-0, lavrado contra LEONARDO DE SOUZA AGUIAR. Recomendando que seja renovado o procedimento fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 271351.0071/08-0, lavrado contra **LEONARDO DE SOUZA AGUIAR (COMERCIAL AGUIAR)**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS