

A. I. N° - 088502.0036/09-4
AUTUADO - ALEX ROCHA SILVA
AUTUANTE - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO e ANTONIO ANÍBAL BASTOS TINOCO
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 26.02.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0016-02/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação de mercadorias em trânsito é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal. No caso, por se tratar de estocagem de mercadorias em estabelecimento inscrito, admite-se comprovação “*a posteriori*”, sendo necessário, para confirmação da existência de mercadorias em estoque desacompanhadas de documentos fiscais, a realização de levantamento quantitativo através do respectivo roteiro de fiscalização. Representada a autoridade fazendária a programar nova ação fiscal a salvo de falhas. Exigência não caracterizada por insuficiência de elementos nos autos. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/05/2009, refere-se à exigência de R\$ 823,99 de ICMS, acrescido da multa de 100%, por terem sido encontradas em estoque, no estabelecimento do contribuinte, diversas mercadorias tributáveis, desacompanhadas da documentação fiscal de origem. Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 04/05 e Declaração de Estoque à fl. 07 do PAF.

O autuado apresenta defesa às fls. 13 a 15, aduz que lendo o livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrências, não constatou a lavratura do Termo de Início e de Encerramento de Fiscalização, diz que essa omissão gera nulidade dos atos subseqüentes da fiscalização, tornando ineficaz o Auto de Infração.

Argumenta que a notificação é totalmente omissa, porque no seu entendimento a lavratura do Auto de Infração somente poderia ter ocorrido dentro do seu estabelecimento, considera ineficaz e invalida a autuação porque foi feita pela equipe de fiscalização do transito de mercadorias através do Auto de Infração Modelo 4, explica que as mercadorias não se encontravam em seu trajeto do seu destino e sim estocada em seu estabelecimento.

Destaca que o autuante além de realizar a contagem física dos estoques, como o fez, deveria ter solicitado os livros de registro de entrada, saídas, inclusive o livro de inventário para verificação dos estoques existentes em 31/12/2008, porque a lavratura fora do estabelecimento fiscalizado, no seu entender quebra a segurança jurídica.

Enfatiza que a fiscalização foi realizada de maneira incompleta, não dando a certeza ao valor da base de cálculo do imposto, porque não existe qualquer referencia da forma de como foi encontrado o preço médio unitário das mercadorias, por isso pede preliminarmente nulidade da autuação porque entende que o Auto de Infração está eivado de vícios, não segue os preceitos dos art.28 e 29 do RPAF, não foram apresentados os termos obrigatórios, aduz que foi cerceado o seu direito de defesa.

Salienta que uma das principais características do Auto de Infração é o fato do mesmo ser obrigatoriamente lavrado no local da verificação da infração e no momento da constatação. Defende que tal requisito é fundamental, uma vez que lavrado em outro local, ou mesmo na própria repartição, não é Auto de Infração, porque deixaria de existir a constatação feita no momento indicado, como se fosse “flagrante”. Entende que o Auto de Infração deveria ser lavrado no local onde foi verificada a ocorrência da infração e no momento em que seja constatado o descumprimento das obrigações previstas na legislação tributária, incontinente.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 27 e 28, enfatiza que se atém à tratar da fiscalização pelo trânsito de mercadorias no estabelecimento do autuado, em razão da denuncia de que o mesmo estocava mercadorias sem a devida comprovação da procedência e sem as notas fiscais exigidas pela legislação.

Aduz que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos lavrado assinado pelo autuado corrobora a legitimidade da ação fiscal, e que a lavratura do Auto de Infração se deu após à constatação do ilícito, observa que esteve no escritório de contabilidade do autuado e não encontrou notas fiscais capazes de acobertar as mercadorias inventariadas na ação fiscal, assim como livro de inventário ou qualquer outro livro solicitado.

Argumenta que quanto a alusão à base de cálculo encontrada para apurar o ICMS devido, fez uma observação no corpo da declaração de estoque à fl. 07, de que o preço fora fornecido pelo próprio autuado, que os pratica em seu estabelecimento.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado no modelo 4 (trânsito), em decorrência de ação fiscal desenvolvida por preposto da fiscalização de mercadorias em trânsito, cuja infração trata da exigência de ICMS em decorrência da constatação de estocagem de mercadorias em estabelecimento regulamente inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia, sem a documentação fiscal de sua origem, consoante Declaração de Estoques e Termo de Apreensão nº125802, de 06 /05/2009, fl. 08, substituído pelo de nº 088502.0036/09-4, de 14/05/2009, fls.04 e 05, atinentes a 21 sacos de açúcar cristal vale c/50 kg; 10 sacos de açúcar cristal laginha c/50 kg; 39 cx. de óleo de soja soya pet.; 11 cx. De óleo de soja granol 20x900 e 32 fardos de farinha de trigo d. Benta.

A infração imputada ao sujeito passivo diz respeito à falta de comprovação da origem das mercadorias elencadas na Declaração de Estoque e no Termo de Apreensão, fl. 07 e 08, do PAF.

Portanto, verifica-se que, na ação fiscal, segundo a autuação, foram encontradas mercadorias em estoque no estabelecimento do contribuinte desacompanhadas de documentos fiscais com base em levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício aberto.

Ressalte-se que a ação fiscal de trânsito de mercadorias é instantânea e incontinente, visto que a materialidade do ilícito ocorre, no momento, em que é realizada a abordagem e apresentada imediatamente a documentação de origem das mercadorias, momento em que se registra o flagrante dos fatos verificados.

No caso presente, o procedimento adotado pela fiscalização foi realizado no próprio estabelecimento do sujeito passivo, tendo o autuante levantado a quantidade de mercadorias existentes em estoque no estabelecimento, ficando evidente, que estamos diante de uma fiscalização de trânsito de mercadorias, porém, realizada em estabelecimento inscrito junto ao estado, e por se tratar de apuração com base no estoque de mercadorias existentes no estabelecimento, cabível que o contribuinte fosse intimado a apresentar posteriormente os documentos fiscais que acobertavam a estocagem das mercadoria

poderiam constar de inventário realizado anteriormente ou terem sido adquiridas dentro do exercício.

Não consta nos autos que o sujeito passivo tivesse sido intimado por escrito e concedido um prazo para apresentação da movimentação de seu estoque através dos livros fiscais, das notas fiscais de entradas e de saídas, de modo a conferir se as mercadorias relacionadas na Declaração de Estoque à fl. 07, realmente estavam com a origem não comprovada. O levantamento foi feito em 06/05/09 e o Termo de Apreensão das respectivas mercadorias, foi lavrado às 11:10 horas da manhã da mesma data, demonstrando claramente que não fora concedido o prazo legal mínimo de 48 horas para o sujeito passivo apresentar os documentos fiscais das mercadorias apreendidas. Não se caracterizando assim mercadorias encontradas sem a documentação fiscal exigível.

Além disso, por se tratar de mercadorias em estoque em estabelecimento inscrito, o mais adequado para o presente caso, seria a fiscalização, para concluir a existência de mercadorias em estoque desacompanhadas de documentação fiscal, ter adotado o roteiro de auditoria de estoques, nos moldes exigidos pela Portaria nº 445, de 10/08/1998, qual seja, apurar as saídas reais considerando o estoque inicial existente em 01/01/2009, mais as entradas do período (01/01 a 06/05/2009), e deduzir as quantidades constantes na Declaração de Estoque à fl. 07, e este resultado comparar com as notas fiscais de saídas efetivamente emitidas no mesmo período, para ao final, se as saídas com notas fiscais forem maiores que as saídas reais confirmar a existência de mercadorias em estoque desacompanhadas da respectiva documentação fiscal.

Portanto, a existência de mercadorias em estoque em estabelecimento regularmente inscrito, sem o levantamento quantitativo do período, não dá a certeza do cometimento da infração, pois não se pode determinar, com segurança, que as mercadorias encontradas realmente estariam desacompanhadas da documentação fiscal correspondente.

Diante do exposto, face a existência de vício insanável - falta certeza do cometimento da infração imputada ao contribuinte, bem como em razão da insuficiência de elementos probatórios nos autos, não há como prosperar tal crédito tributário.

Assim sendo, com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99 está configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para ser determinada a infração, impondo-se a nulidade da ação fiscal.

Saliento que é nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada e a base de cálculo do imposto exigido. Assim, devido às falhas insanáveis no presente Auto de Infração, concluo pela sua nulidade, recomendando a autoridade competente, a repetição dos atos, a salvo de falhas, consoante o artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **088502.0036/09-4** lavrado contra **ALEX ROCHA SILVA**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE A