

PROCESSO - A. I. Nº 000094.7327/0-10
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MARIA ARLETE CARVALHO DOS SANTOS
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0085-01/11
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0373-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. O ônus da prova cabe ao contribuinte, e não ao Fisco, não havendo amparo em anular o lançamento invertendo o ônus desta prova, além do que não procede a afirmação de que o contribuinte mantém controle de suas aquisições, pois esta assertiva não se encontra amparada no Parecer da ASTEC, não havendo qualquer insegurança no lançamento a ensejar a decretação de sua nulidade, devendo os autos retornar à Primeira Instância para ser proferida nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão em referência que julgou pela Nulidade do Auto de Infração lavrado em 02/03/2010 para exigir do autuado ICMS no valor de R\$ 9.162,67, acrescido da multa de 100%, por lhe imputar a falta de recolhimento do imposto decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, constando na descrição fática de que as mercadorias foram encontradas na Rua Antonio da Mota, 90, térreo, centro, Araci-BA.

O autuado se defendeu às fls. 09/12, argüindo preliminar de nulidade , nestes termos, *verbis* :

‘Sustenta que o levantamento fiscal está eivado de falhas, que não permitem a mínima análise, possivelmente em razão da aplicação da alíquota uniforme de 17% em todo o procedimento sem consulta aos documentos de origem e a memória de cálculo dos valores e saber qual o produto que faz parte do levantamento e qual a tributação aplicada.

Reitera que teve o seu direito de defesa e o exercício do contraditório gravemente cerceado pela falta do fornecimento da memória de cálculo e da falta da solicitação das notas fiscais de origem das mercadorias objeto da infração e dos eventuais demonstrativos com planilha comparativa item por item, que integram o procedimento fiscal.

Consigna que seria importante que os julgadores verificassem detalhadamente as duas peças principais do processo, no caso, Termo de Apreensão e Auto de Infração, para constatar que as mercadorias objeto da infração foram encontradas na rua Antonio Oliveira Mota, nº 90, já o estabelecimento responsável e proprietário das mercadorias que inclusive ficou com fiel depositário possui a inscrição estadual nº 39.904.294, no nº 74 da mesma rua, portanto, vizinho ao local, não podendo desta forma configurar nenhuma infração a legislação.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, no mérito, improcedente. Requer, ainda, provar tudo quanto alegado por todos os meios previstos no Direito, inclusive revisão fiscal executada pela ASTEC/CONSEF, sem prejuízo de outros Recursos cabíveis”.

Na informação fiscal de fls. 91/95, os autuantes rechaçaram todos os argumentos defensivos, inclusive no tocante ao cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa, concluindo que fosse julgado a autuação procedente.

A JJF decidiu a lide sob os fundamentos seguintes:

“Versa o Auto de Infração em lide sobre irregularidade atribuída ao autuado, decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS, desacompanhadas de documentação fiscal.

A princípio, cabe-me apreciar a nulidade arguida pelo impugnante, sob o argumento de cerceamento do direito de ampla defesa, verificado em decorrência de ausência de intimação do sujeito passivo, para apresentação dos documentos fiscais, haja vista que possuía toda a documentação fiscal das mercadorias constantes nos levantamentos elaborados pelo autuante.

Apesar de em situação semelhante a que versa o Auto de Infração em exame, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal haver decidido, por unanimidade, pela procedência da autuação, nos termos do Acórdão JJF Nº 0243-01/09 – razão pela qual converteu o presente processo em diligência, a fim de que fosse entregue ao contribuinte cópia dos novos elementos trazidos pelo autuante na informação fiscal -, a referida Decisão foi modificada através do Acórdão CJF Nº 0346-12/10, tendo sido decretada a nulidade do Auto de Infração, em razão da falta de intimação ao autuado para apresentar documentos e livros fiscais que pudessem elidir a autuação, lhe garantindo o direito de ampla defesa e do contraditório.

Diante disso, considerando que no caso em exame o autuante após lavrar o termo de apreensão, não intimou o contribuinte para apresentar no prazo de 48 (quarenta e oito) horas as notas fiscais das mercadorias, assegurando-lhe o seu direito de ampla defesa e do contraditório durante o procedimento de fiscalização, tal vício inquina de nulidade o lançamento, em face da insegurança na determinação da infração, consoante o art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Reproduzo abaixo o teor da ementa do referido Acórdão CJF Nº 0346-12/10, a título ilustrativo:

“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”.

Diante do exposto, considero nula a autuação, ao tempo em que recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de renovação dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração”.

Ao final do voto a 1ª JJF por força do disposto no art. 169, I, “a” item 1, do RPAF/99 recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Da análise das peças residentes nos autos, por força do Recurso de Ofício encaminhado a esta CJF, diversamente do entendimento esposado pela JJF, o julgado ali transcrito como sendo paradigmático não é aplicável ao caso em concreto, pois, embora em ambos os casos o sujeito passivo não tenha sido intimado a apresentar as notas fiscais das mercadorias, todavia, como constatei do sistema eletrônico da SEFAZ-BA – SIGAT, na hipótese vertente, o autuado não se encontrava inscrita no cadastro de contribuinte do ICMS, situação de irregularidade, porquanto estocando mercadoria sujeita à tributação do ICMS em estabelecimento clandestino, como a fiscalização pôde verificar “*in loco*”, flagrando grave ilicitude, como pormenorizadamente está relatado na informação fiscal de fls. 91/95.

Neste contexto, vale trazer à tona esse trecho da impugnação, claramente inverossímil e insustentável em respeito ao princípio da boa fé que deve nortear os atos praticados no curso do PAF. Veja-se:

“Consigna que seria importante que os julgadores verificassem detalhadamente as duas peças principais do processo, no caso, Termo de Apreensão e Auto de Infração, para constatar que as mercadorias objeto da infração foram encontradas na rua Antonio Oliveira Mota, nº 90, já o estabelecimento responsável e proprietário das mercadorias que inclusive ficou com fiel depositário possui a inscrição estadual nº 39.904.294, no nº 74 da mesma rua, portanto, vizinho ao local, não podendo desta forma configurar nenhuma infração a legislação. “

Situação bastante diversa, por conseguinte, da pessoa jurídica citada no julgado que serviu de paradigma para o voto exarado pela JJF, no sentido de declarar a nulidade da autuação, posto que

se trata de uma empresa cadastrada na condição de contribuinte do ICMS, o mesmo não se podendo dizer do sujeito passivo do presente lançamento de ofício, que agia de modo irregular e ilícito, às escuras, sem a indispensável inscrição no cadastro de contribuinte do ICMS.

Registre-se que ainda que o sujeito passivo apresentasse as notas fiscais que acompanhariam as mercadorias encontradas, a irregularidade não seria sanada, conquanto caracterizada a condição de estabelecimento não inscrito, portanto, clandestino.

E, assim, por não vislumbrar a configuração de qualquer das situações previstas no art. 18, IV, “a”, do RPAF, que pudesse estribar a decretação de NULIDADE desta ação fiscal, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, reformando a Decisão recorrida, para afastar a nulidade declarada e retornar os autos à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **000094.7327/0-10**, lavrado contra **MARIA ARLETE CARVALHO DOS SANTOS**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO -SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS