

A. I. Nº - 210436.0053/12-2  
AUTUADO - JACKSON BORGES SAPUCAIA (NMP COMÉRCIO DE BEBBIDAS EIRELI –  
MACEDO DISTIBUIDORA) - ME  
AUTUANTES - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO  
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/05/2018

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0061-05/18**

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO DE ESTOQUE. MERCADORIAS ESTOCADAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Novo julgamento do Auto de Infração, tendo em vista que a 2ª Câmara, através do Acórdão CJF N° 00160-12/16, em sessão do dia 19/10/2016, julgou nula as decisões de primeira e segunda instância proferidas pelos Acórdãos JJF N° 0069-05/13 e CJF N° 0145-11/14, por representação da PGE/PROFIS, em sede de controle da legalidade na forma dos termos do art. 113, §5º, inc. I do RPAF/99. Reaberto o prazo de defesa. Com a documentação acostada aos autos pelo sujeito passivo, relativo as notas fiscais que estavam apreendidas pela DECECAP, mediante ação policial denominada “*Operação Baco*”, associado as considerações da agente Fiscal Autuante em sede de nova Informação Fiscal, vê-se inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Ausência de elementos de prova neste processo administrativo fiscal para se estabelecer com segurança a materialidade e autoria da infração que foi imputada ao contribuinte. Com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, declarado nulo o Auto de Infração. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração (Modelo 4), lavrado em 04/06/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$159.426,28 em razão do sujeito passivo estocar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documento falso ou inidôneo, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia, decorrente do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos constante dos autos às fls. 6/10 dos autos, com enquadramento nos arts. 6º, IV, 13, I. “b” e 34, XIV-B, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 100% tipificada no artigo 42, inc. IV, “b”, do mesmo diploma legal.

Trata-se de Auto de Infração com nulidade das decisões de primeira e segunda instâncias proferidas, através do Acordão da 2ª CJF N° 0160-12/16, por representação proposta pela PGE/PROFIS, com fulcro no inc. I do parágrafo 5º do art. 113, do RPAF/99, que a seguir passo a expor:

Consta às fls. 40 a 43 dos autos a Decisão de Primeira Instância proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, onde, por decisão não unânime, julgou procedente o Auto de Infração em tela através do Acordão JJF N° 0069-05/13, o qual reproduzo na sua totalidade a seguir:

**“RELATÓRIO**

*O Auto de Infração, lavrado em 04/06/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$159.426,28 em razão de o sujeito passivo estocar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documento falso ou*

inidôneo, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia. Multa de 100%.

A defesa argumenta, inicialmente, às fls.24 a 28 dos autos, que lhe foi imputado a seguinte infração “foi realizado o levantamento de estoque na empresa (...) Ficou a empresa intimada a apresentar as notas fiscais referente ao levantamento de estoque no prazo de 48hs. Vencido o prazo estabelecido pelo regulamento, a Empresa não apresentou a documentação fiscal solicitada. Foi então realizada a pesquisa no sistema de nota fiscal eletrônica nos períodos de 2011 e 2012, tendo como remetente a ENGARRAFADORA PITÚ do Estado de Pernambuco”

Assegura que inexiste tal diferença, conforme provaremos, pois todas as notas fiscais alegadas pelo preposto fiscal que não foram apresentadas e que não instruem o procedimento fiscal, foram todas colhidas pela própria fiscalização e até a presente data não foram devolvidas para o autuado, cerceando a defesa e seu direito de contraditório. Reafirma que foi devolvida ao Autuado, tendo sido obtida junto a arquivos da própria Secretaria da Fazenda, segundo suas próprias palavras ao asseverar:

“Foi então realizada a pesquisa no sistema de nota fiscal eletrônica nos períodos de 2011 e 2012, tendo como remetente a ENGARRAFADORA PITÚ do Estado de Pernambuco”.

Alude que, mesmo tomando como base o sistema interno da Fazenda Estadual, o autuante não forneceu a relação que serviu de base para a autuação.

Consigna que a grande maioria das notas fiscais arroladas no levantamento pode não corresponder a operações efetivamente praticadas pelo Autuado e não existe nenhum elemento de comprovação de que as referidas mercadorias foram efetivamente entregues ao contribuinte.

Salienta que, se observado atentamente a ENGARRAFADORA PITÚ, que é a maior fornecedora do estabelecimento autuado, é contribuinte substituto inscrito no Estado da Bahia a quem cabe recolher o ICMS objeto da substituição tributária. Destaca que o regulamento do ICMS é claro quanto à situação, pois encerra a fase de tributação. Para corroborar o alegado, anexa a ÚNICA nota fiscal que não foi recolhida pelo preposto fiscal o que vem a comprovar que a ENGARRAFADORA vem retendo o ICMS na fonte.

Quanto às notas fiscais, alvo da exigência, afirma que o simples relacionar uma listagem das mesmas colhidas segundo o autuante diretamente no Sistema restrito da Secretaria da Fazenda, sem o competente recibo de entrega ao contribuinte destinatário, serve apenas de elemento indicatório, precisando está complementada pelo efetivo comprovante de recebimento, no sentido de, só assim, ser possível determinar que a operação de circulação de mercadoria se aperfeiçoou.

Alude que se verifica nas notas haver destaque do ICMS substituto retido pelo fornecedor, no caso a ENGARRAFADORA.

Entende que, apenas uma listagem e ausência das notas fiscais que se encontram, ainda, retida pelo fisco a falta do recibo de entrega, comprovando o pagamento da mercadoria ou até mesmo um termo de devolução por autoridade competente, coloca a pretensão fiscal no campo das presunções não autorizadas, defesas por lei, tornando NULA a Infração, por não reunir elementos que comprovem de forma efetiva o cometimento da infração. O que, em absoluto, inexiste! Cabendo à acusação apenas o campo da presunção não autorizada vez que, não está prevista no RICMS/BA.

Ante o exposto, requer que o presente auto de infração seja considerado IMPROCEDENTE, por não atender aos devidos requisitos legais quanto a sua forma e preparo, de maneira a preservar o devido processo legal, e, sobretudo, por não restar em plena consonância com o princípio da verdade material.

A autuante, às fl. 35 a 36, apresenta a informação fiscal, inicialmente reproduzindo a imputação: “Mercadorias encontradas no estabelecimento para comercialização desacompanhada de documentação fiscal”.

Argumenta que não houve durante o processo nenhum procedimento que maculasse a ação fiscal. Aduz que logo após o levantamento de estoque foi o contribuinte intimado para apresentação da documentação fiscal de origem dos produtos encontrado no local, conforme intimação anexa ao processo na sua pg. nº 11 e assinada pelo Sr. Jackson Borges Sapucaia.

Afirma que em sua peça defensiva o sujeito passivo alega ter a autuante consignado que as mercadorias enviadas pela ENGARRAFADORA PITÚ estão desacompanhadas de documentação fiscal devida e sem o recolhimento do imposto, alegação, segundo a autuante, que não procede, pois está bem claro na descrição dos fatos: “FOI ENTÃO REALIZADA UMA PESQUISA NO SISTEMA DE NOTA FISCAL ELETRONICA DOS PERIODOS 2011 E 2012, SENDO INDETIFICADAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DO PRODUTO AGUARDANTE DE CANA PITÚ, PARA REFERIDA EMPRESA TENDO COMO REMETENTE A ENGARRAFADORA PITÚ LTDA DO ESTADO DE PERNAMBUCO CNPJ Nº 11.856.283/0001-94. AS DEMAIS MERCADORIAS ESTÃO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE, CONFORME LEVANTAMENTO DE ESTOQUE ANEXO AO PROCESSO”.

Conclui, assim, que as mercadorias recebidas da ENGARRAFADORA PITÚ oriunda do Estado de Pernambuco estão acompanhadas das notas fiscais correspondentes à operação as DEMAIS não estão. Destaca que no sistema de notas fiscais eletrônica só existem notas fiscais da ENGARRAFADORA PITÚ, por isso afirma que as demais mercadorias relacionadas na contagem de estoque estão desacompanhadas de notas fiscais.

Aduz que a alegação de cerceamento de defesa não procede, já que não está cobrando imposto das mercadorias enviadas pela ENGARRAFADORA PITÚ, portanto, não tem porque anexar as notas ao processo.

Pelo acima exposto, consigna que o procedimento fiscal por instaurado não pode ser objeto de oposição por parte da autuada.

Considera as provas materiais colhidas irrefutáveis e, o autuado não apresenta prova ou evidência que ponha por terra as alegações feitas pelo Fisco.

Por estes fundamentos, mantém a ação fiscal na sua inteireza, peticionando que este Auto de Infração seja julgado procedente.

#### VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla a infração por ter o sujeito passivo estocado mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, com documento falso ou inidôneo, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia.

A questão tem como elemento fático à existência de mercadorias em poder do sujeito passivo desacompanhada de documentação fiscal, apurada através de contagem de estoque em aberto realizado pela autuante, sem que o sujeito passivo apresentasse, uma vez intimado, à fl. 11 dos autos, ou mesmo em sua peça defensiva, as notas fiscais que correspondessem às mercadorias em seu estoque, alvo do levantamento.

A autuante, antes de exigir o imposto em relação a todas as mercadorias existentes no estoque, em relação às quais, como dito, o sujeito passivo não apresentou as correspondentes notas de aquisição, afirma ter realizado uma pesquisa no sistema de nota fiscal eletrônica dos períodos 2011 e 2012, sendo identificadas às notas fiscais de entrada do produto Aguardente de Cana Pitú, para referida empresa tendo como remetente a Engarrafadora Pitú Ltda., do Estado de Pernambuco CNPJ nº 11.856.283/0001-94, em relação às quais excluiu da presente exigência as correspondentes mercadorias. Quanto às demais mercadorias foram consideradas desacompanhadas de documentação fiscal, conforme levantamento de estoque anexo ao processo.

Como se pode verificar, não se trata de cerceamento de defesa ou do contraditório, as notas fiscais colhidas no SISTEMA da SEFAZ, serviram, de acordo com a autuante, apenas para amparar parte das mercadorias que foram excluídas da exigência, em um esforço da autuante na busca da verdade material, pois nem mesmo o autuado apresentou as referidas notas fiscais. Caso, eventualmente, a autuante não tivesse essa preocupação à exigência seria em relação ao total das mercadorias encontradas no estoque sem a apresentação das correspondentes notas fiscais.

As aludidas notas, constantes do SISTEMA da SEFAZ, são relativas as aquisições do autuado, portanto de conhecimento pleno do sujeito passivo, consideradas como tal, lhe beneficiando ao servirem para excluir da ação fiscal as mercadorias por elas acobertadas.

A alegação de que não as possui ou mesmo de que não lhe foram destinadas, serviriam apenas para uma nova ação fiscal, tendo em vista que, no mínimo, está sendo reclamado um crédito tributário menor do que o efetivamente deveria ser exigido.

Considerando que o sujeito passivo não apresenta notas fiscais ou qualquer documento, levantamento ou livros fiscais que indique está amparadas às mercadorias por notas fiscais, alvo do levantamento, bem como a autuante não apresenta as notas fiscais utilizadas nas deduções do estoque apurado, contudo alega as ter efetuado, represento a INFRAZ de Origem para que cientifique ao sujeito passivo das notas fiscais, alvo das deduções, e através de uma nova ação fiscal, efetue a exigência dos créditos tributários que resultarem do não reconhecimento das notas fiscais pelo autuado ou que indique deduções indevidas das mercadorias apuradas em estoque.

Assim, não acolho as arguições de nulidade ou mesmo de improcedência, pois foi obedecido o devido processo legal, bem como a autuante trouxe aos autos as provas que oferecem materialidade a presente exigência tributária.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### VOTO DIVERGENTE

O procedimento fiscal em exame padece de falhas insanáveis. Vejamos a seguir as razões que nos levaram a essa conclusão.

*Em um estabelecimento com inscrição estadual, como é o caso do autuado, não se pode estabelecer um liame ou um nexo de causalidade, de que houve entradas de mercadorias sem documentação fiscal, com a caracterização de existência de mercadorias em estoque desacompanhadas de documentos comprobatórios da aquisição, pelo simples fato das notas fiscais de entrada não terem sido entregues à fiscalização no ato que se que realizava o procedimento investigativo.*

*Entendo que após a contagem do estoque, em aberto, o procedimento deveria ter tido sequência, com a solicitação do livro de inventário e as correspondentes notas fiscais de saídas e de entradas. Somente através de um roteiro de estoques, aplicado em sua inteireza, computando-se, o estoque inicial, as compras, as vendas, e o estoque final, seria possível se chegar a uma conclusão quanto à situação fiscal da empresa.*

*O simples fato de contribuinte inscrito no Cadastro Estadual (CADICMS) não apresentar ao agente fiscalizador as notas de aquisição, não enseja a conclusão de que todas as mercadorias se encontravam no estoque da empresa desacompanhada de notas fiscais. Essa conclusão não é possível de se firmar sem a aplicação de um roteiro completo de fiscalização. No caso em exame não há condições de se determinar à consumação do ilícito fiscal de compra de mercadorias desacobertadas de notas fiscais.*

*Houve, no caso, até onde o Agente Fiscal atuou um mero descumprimento de obrigação acessória, pelo não atendimento da intimação fiscal. Reitero que a omissão do contribuinte de não proceder à entrega de notas fiscais de aquisição não torna, de imediato, todo o estoque da empresa irregular e sem documentação comprobatória da origem das mercadorias.*

*Faltam elementos de prova neste processo administrativo fiscal para se estabelecer com segurança a materialidade e autoria da infração que foi imputada ao contribuinte.*

*Incorreu o autuante na nulidade prevista no art. 18, inciso IV, letra “a”, do RPAF/99, com a seguinte redação:*

**Art. 18.** São nulos:

(...)

**IV - o lançamento de ofício:**

**a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;**

*Voto, portanto, pela NULIDADE do Auto de Infração.*

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 59 a 64, em que, a 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual (fls. 79/83), por unanimidade, decidiu por não prover e homologar a Decisão recorrida que julgou procedente o Auto de Infração nº 210436.0053/12-2, objeto em análise, lavrado contra o deficiente Jackson Borges Sapucaia (NMP Comércio de Bebidas Ltda.), determinando ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$159.426,28, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Às fls. 98/103 dos autos, irresignado com a Decisão de 2<sup>a</sup> Instância, através do seu representante legal constituído, requereu a PGE/PROFIS, pedido de controle da legalidade, arguindo a nulidade da autuação, alegando que teve seu direito de defesa tolhido por vício formal, onde, dentre outras considerações, o simples controle de estoque, em aberto, tomando por base as mercadorias existentes no estoque final do contribuinte, não possui o condão de comprovar que os produtos encontrados na empresa estavam desacompanhados de notas fiscais de entradas.

A Procuradoria Geral do Estado, através da Sr<sup>a</sup> Procuradora do Estado da Bahia, Dr<sup>a</sup> Maria Helena Mendonça Cruz, à fl. 118 dos autos, com vistas a garantir o necessário contraditório, bem como subsidiar a PGE/PROFIS no posicionamento a ser adotado, converteu os autos em diligência à agente Fiscal Autuante, a fim de manifestar em torno dos argumentos alinhados pelo deficiente em seu Pedido de Controle da Legalidade de fls. 98/103.

Voltando aos autos à fl. 119, a agente Fiscal assim posicionou:

Em relação a ação fiscal que norteou o Auto de Infração em epígrafe, informa que a diligência que gerou o levantamento em estoque e que surgiu o crédito reclamado, foi determinado pela IFMT Metro.

Diz que a equipe de fiscalização volante efetuou a contagem de estoque das mercadorias no estabelecimento (fls. 7/10), em atendimento a determinação da repartição Fazendária. Neste contexto apresenta alguns aspectos ocorridos na ação fiscal, que a seguir destaco:

1. os documentos fiscais não foram apreendidos por sua equipe de trabalho, mas sim pela DECECAP, conforme diz que pode verificar pela declaração acostada à fl. 14 dos autos;
2. frisa que até o encerramento da ação fiscal a DECECAP que apreendeu os documentos não entregou nenhum dos documentos retidos à equipe de Fiscalização, o que diz ter impossibilitado a uma melhor análise da ação fiscal. Aduz que a ação fiscal foi lastreada e baseada em uma pesquisa no sistema de emissão de notas fiscais eletrônicas (NF-e); e
3. a alegação do requerente de que as mercadorias eram objeto de pagamento antecipado por substituição tributária e que teria a sua fase de tributação encerrada; diz que não se aplica no caso, tendo em vista que foram localizadas as notas fiscais no sistema de notas fiscal eletrônica as mercadorias oriundas do Estado de Pernambuco da empresa engarrafadora Pitu. Estas foram excluídas do levantamento. Já as demais, como não contavam do sistema, foram consideradas desacompanhadas de nota fiscal, mantendo na autuação.

Em Despacho PGE/PROFIS, datado de 28/11/2015, às fls. 119 dos autos, a Sr<sup>a</sup> Procuradora do Estado da Bahia, Dr<sup>a</sup> Maria Helena Mendonça Cruz, visando proceder a análise do pleito do Contribuinte em sede de controle de legalidade, especialmente considerando argumentação do requerente de que as notas fiscais que elidiriam a infração apurada no lançamento foram apreendidas pela DECECAP em operação policial; designa ao Setor de Apoio do NCA, para intimar ao Autuado no sentido de colacionar aos autos documento que comprove que efetivamente as notas fiscais que acobertariam as mercadorias encontrada em estoque desacompanhadas de notas, encontram-se dentre os documentos apreendidos pela DECECAP.

Às fls. 136/147 o autuado, Jackson Borges Sapucaia (NMP Comércio de Bebidas Ltda.), após traçar algumas considerações diz anexar aos autos termo de entrega/devolução dos documentos fiscais expedidos pela DECECAP (fls. 150/152), com data de devolução dos documentos de 734 (setecentos e trinta e quatro) dias após o início da ação fiscal; assim como as notas fiscais (fls. 154/172) referentes as mercadorias objeto do Auto de Infração tombado sob nº 210436.0053/12-2, em análise.

Considerando a documentação colacionada aos Autos pelo autuado (fls. 150/172), bem como a planilha confeccionada de fls. 148/149, Procuradoria Geral do Estado, por Despacho de fls. 174, converte os autos em diligência a agente Fiscal Autuante, a fim de que se manifeste em torno dos mesmos.

Em atendimento a autuante, após traçar algumas outras considerações, diz que, com relação à planilha apresentada pelo requerente, confrontou os documentos fiscais com o levantamento fiscal, efetuando o batimento com os itens da declaração de estoque. Conclui que a quantidade apresentada supera a do seu levantamento fiscal de 05/05/2012, que deu causa a autuação objeto em análise.

À fl. 207 a PGE/PROFIS, por determinação da Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, foi novamente convertido os autos em diligência ao agente Fiscal para que este efetivamente esclarecido se de fato os documentos apreendidos pela DECECAP e devolvidos ao representante legal da empresa autuada, conforme documentos de fls. 150 e os que foram anexados pelo contribuinte às fls. 154/172, são as notas fiscais que acobertariam as mercadorias objeto da autuação.

À fl. 208, não obstante traçar outras considerações, diz taxativamente na sua Informação Fiscal, mais precisamente no terceiro parágrafo, que os documentos apresentados pelo sujeito passivo correspondem as mercadorias objeto da autuação, com o adendo de que tais documentações acobertam valores que perfaz um montante maior que a do levantamento elaborado por sua equipe, que deu causa a autuação.

Às fls. 209/213 a Procuradoria Geral do Estado, através da PGE/PROFIS, produz parecer que, com fulcro no inciso I, parágrafo 5º, do art. 113 do RPAF, representa ao Conselho Estadual de Fazenda – CONSEF, para que sejam anulados todos os atos posteriores a intimação do autuado acerca da lavratura do auto de infração, em tela, reabrindo-se o prazo de defesa em sua plenitude.

Às fls. 217/217, consta o Acórdão CJF Nº 0160-12/16, em que os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, decidem acolher a Representação da PGE/PROFIS apresentada e decreta nulas às decisões anteriores relativos ao Auto de Infração nº 210436.0053/12-2, lavrado contra **Jackson Borges Sapucaia (NMP Comércio de Bebidas Eireli – ME)**, devendo os autos retornar à INFRAZ de origem para atendimento do quanto decidido.

Após ciência ao Autuante e Autuado do CJF Nº 0160-12/16, associado aos Despachos da PGE/PROFIS de lavra da Procuradora Ana Carolina Moreira de fls. 226/227 e da Procuradora Rosana Maciel Bittencourt Passos de fls. 228, bem assim a nova manifestação do autuado às fls. 230/237 dos autos e da Informação Fiscal de fls. 241 produzida pela agente Fiscal Autuante, veio a mim, como membro suplente das Juntas de Julgamento do CONSEF, o presente PAF para relatar em sede de primeira instância.

Isto posto, em consonância com o princípio da verdade material, a 5ª JJF, em pauta suplementar do dia 30/11/2017, decidiu converter o presente processo em diligência a IFMT METRO, para que fossem adotadas as seguintes providências:

- **Encaminhar o presente PAF à Fiscal Autuante**, para produzir nova informação fiscal com clareza e precisão (art. 127, §§ 6º e 7º, do RPAF/99), se de fato os documentos apreendidos pela DECECAP e devolvidos ao representante legal da empresa autuada, conforme documentos de fls. 150 e os que foram anexados pelo contribuinte às fls. 154/172, são as notas fiscais que, de fato, acobertariam as mercadorias da autuação, objeto em análise.
- **Em momento seguinte, a Fiscal Autuante, deveria:**
- **Restando comprovado que as notas fiscais anexadas** pelo contribuinte às fls. 154/172, acobertam as mercadorias da autuação, **elidindo totalmente a infração**, devolver os autos ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento, **sem tampouco dar ciência ao Contribuinte Autuado**;
- **Restando comprovado que as notas fiscais anexadas** pelo contribuinte às fls. 154/172, não acobertam as mercadorias da autuação, ou seja, **não elide, ou elide parcialmente a infração**, os autos deverão ser encaminhado ao órgão competente da INFRAZ, **que deve cientificar o autuado**, mediante intimação, **do resultado da nova informação fiscal**, com entrega dos novos documentos acostados aos autos (demonstrativo), conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, c/c § 1º, do art. 18, do mesmo diploma legal, com a indicação de 60 (trinta dias) dias para se manifestar, querendo.

Após as providências solicitadas, os autos deveriam ser devolvidos ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

Voltando aos autos à fl. 247, a agente Fiscal produz nova Informação Fiscal, destacando que, em cumprimento ao quanto solicitado pela 5ª JJF, reitera os termos da informação prestada às fls. 175, em que diz ter declarado que os documentos fiscais que tinham sido apreendidos pela DECECAP superaram em termos quantitativos os produtos apreendidos.

Em outra perspectiva, diz que as notas fiscais que recebeu após a devolução pela DECECAP foram todas analisadas e consideradas idôneas não cabendo mais nenhuma outra avaliação a respeito do assunto.

## VOTO

Trata-se de novo julgamento do Auto de Infração nº 210436.0053/12-2 em tela, tendo em vista que a 2ª Câmara, através do Acórdão CJF Nº 00160-12/16, em sessão do dia 19/10/2016, julgou nula as decisões de primeira e segunda instância proferidas pelos Acórdãos JJF Nº 0069-05/13 e CJF Nº 0145-11/14, por representação da PGE/PROFIS, em conformidade com os termos do art.113, §5º, inc. I do RPAF/99, no controle da legalidade, através do parecer às fls. 209 a 213 dos autos, que aduz ter ocorrido a existência de cerceamento de defesa do Contribuinte no julgamento do Auto de

Infração em epígrafe, reabrindo-lhe o prazo de defesa em sua plenitude.

Na decisão de piso que julgou nula as decisões de primeira e segunda instância, consta que o sujeito passivo foi autuado em 04/06/2012, para exigir ICMS no valor histórico de R\$159.426,28, acrescido da multa de 100%, por estocar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

O autuado apresentou impugnação alegando cerceamento de defesa, porém o Auto de Infração foi julgado procedente pela 5ª JJF, em decisão não unânime, através do Acórdão JJF N° 0069-05/13 (fls. 40/42). Irresignado, o defendant apresentou Recurso Voluntário às fls. 56 a 61 dos autos, e a 1ª Câmara deste CONSEF, pelo Acordão CJF N° 0145-11/14 na sessão realizada em 08/05/2014, de fls.79 a 83, manteve a decisão de piso, negando provimento ao recurso.

Em 20/01/2015, o autuado requereu a PGE/PROFIS, Pedido de Controle da Legalidade, fls. 97/102, arguindo a nulidade do lançamento fiscal, alegando que teve seu direito de defesa tolhido por vício formal.

A d. Procuradora incumbida da análise do pleito entendeu por converter os autos em diligência a agente Fiscal Autuante, a fim de que se manifestasse em torno dos argumentos alinhados pelo Contribuinte. Momento seguinte a agente Fiscal Autuante informou que os documentos fiscais que acobertariam as mercadorias encontradas em estoque desacompanhadas da documentação, foram apreendidos pela DECECAP mediante ação policial, e até o encerramento da ação fiscal aquele órgão não havia devolvido os documentos retidos. Aduzindo ainda a Autuante, que isso impossibilitou uma melhor análise para subsidiar a ação fiscal.

Em seu Parecer a d. Procuradora considerou que a argumentação da Autuada, desde a impugnação inicial, fora no sentido de que os documentos fiscais que acobertariam as mercadorias encontradas em estoque, foram apreendidos pela DECECAP mediante operação policial.

Neste contexto, o autuado foi intimado para que comprovasse que as notas fiscais que acobertariam as mercadorias objeto da autuação foram aquelas apreendidas na ação fiscal, onde juntou cópias do Auto de Entrega – Operação Baco, referente ao Inquérito Policial nº 170/2010, bem como diversas notas fiscais (fls. 154/201), documentos esses encaminhados a Autuante para análise, o que fora feito mediante a manifestação de fls. 208.

Nessa nova manifestação a agente Fiscal Autuante confirma que os documentos fiscais foram apreendidos pela DECECAP, o que impossibilitou a equipe de fiscalização de uma melhor análise para subsidiar a ação fiscal, bem como que, as notas fiscais colacionadas correspondem às mercadorias objeto da autuação.

Do até aqui exposto, entendeu a d. Procuradora que o direito de defesa do contribuinte fora cerceado desde o momento da apresentação da impugnação, vez que o Contribuinte não dispunha dos documentos essenciais para embasar a impugnação. Fato que perdurou até após o julgamento da segunda instância administrativa.

Neste contexto a d. Procuradora reconhece que a nulidade deve retroceder à reabertura do prazo de defesa, vez que não poderia saná-la em sede de controle da legalidade, para, também, não suprimir do Contribuinte a possibilidade de ver suas razões e provas serem apreciadas pelas duas instâncias administrativas do CONSEF.

Portanto, com fulcro no inciso I do § 5º do art. 113 do RPAF/99, representa a esse CONSEF, considerando restar evidente o cerceamento do direito de defesa do Contribuinte, que sejam anulados todos os atos posteriores à intimação do autuado acerca da lavratura do Auto de Infração, reabrindo-lhe o prazo de defesa em sua plenitude.

Voltando a análise do Auto de Infração nº 210436.0053/12-2, em sede de primeira instância preliminarmente consigno que a 5ª JJF, em pauta suplementar do dia 30/11/2017, decidiu converter o presente processo em diligência (fls.213/214) a IFMT METRO, para que fossem adotadas as seguintes providências: “*Encaminhar o presente PAF à Fiscal Autuante, para produzir nova informação fiscal com clareza e precisão (art. 127, §§ 6º e 7º, do RPAF/99), se de fato os*

*documentos apreendidos pela DECECAP e devolvidos ao representante legal da empresa autuada, conforme documentos de fls. 150 e os que foram anexados pelo contribuinte às fls. 154/172, são as notas fiscais que, de fato, acobertariam as mercadorias da autuação, objeto em análise.”.*

Em momento seguinte, a Fiscal Autuante, deveria: “*restando comprovado que as notas fiscais anexas pelo contribuinte às fls. 154/172*”, acobertariam as mercadorias da autuação, elidindo totalmente a infração, os autos deveriam ser devolvidos ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento, sem tampouco dar ciência ao Contribuinte Autuado; caso contrário “*restando comprovado que as notas fiscais anexas pelo contribuinte às fls. 154/172*”, não acobertariam as mercadorias da autuação, ou seja, não elidissem, ou elidissem parcialmente a infração, os autos deveriam ser encaminhado ao órgão competente da INFRAZ, que deveriam cientificar o autuado, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal, com entrega dos novos documentos acostados aos autos (demonstrativo), conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, c/c § 1º, do art. 18, do mesmo diploma legal, com a indicação de 60 (trinta dias) dias para se manifestar, querendo.

Em sede de Informação Fiscal, sem dar ciência ao sujeito passivo, como assim fora posto no pedido de diligência, a agente Fiscal Autuante diz reiterar os termos da Informação prestada às fls. 175, em que diz ter esclarecido que os documentos fiscais que tinham sido apreendidos pela DECECAP, ou seja, as notas fiscais devolvidas, em termos quantitativos superam os produtos aprendidos. Também afirma que todas as notas fiscais recebidas da DECECAP foram analisadas e consideradas idôneas.

Não obstante, de forma tácita o d. agente Fiscal admitir que as notas fiscais ora devolvidas pela DECECAP elidem a autuação, vez que em volume físico dos produtos constantes das notas fiscais superam o volume dos produtos apreendido, cabe destacar um trecho do voto discordante do i. Julgador de primeira instância no Acórdão JJF Nº 0069-05/13, em que afirma que o simples fato de um contribuinte inscrito no Cadastro Estadual (CADICMS), em uma ação fiscal não apresentar ao agente Fiscalizador as notas fiscais de aquisição, não enseja a conclusão de que todas as mercadorias que se encontram no estoque da empresa estão desacompanhadas de notas fiscais, como assim fundamentou a Autante para efetivar o lançamento fiscal ora em análise.

Da mesma forma, entendo também que o fato de os documentos fiscais, como os aqui devolvidos pela DECECAP, demonstrarem quantitativos de produtos que superam o volume de mercadorias apreendidas na ação fiscal à época dos fatos geradores, não enseja a conclusão de que todas as mercadorias apreendidas estariam acobertadas por documento fiscal. Caberia a aplicação de um roteiro de fiscalização mais acurado, o que não se é mais viável neste momento, 5 (cinco) anos da ocorrência dos fatos geradores, para se determinar a consumação do ilícito fiscal de estocagem de mercadorias desacompanhada de documento fiscal, em que pese a d. agente Fiscal afirmar de que os documentos foram analisados e se pode afirmar que são idôneos.

Neste sentido coaduno com o voto discordante do i. Julgador de primeira instância no Acórdão JJF Nº 0069-05/13, de que faltam elementos de prova neste processo administrativo fiscal para se estabelecer com segurança a materialidade e autoria da infração que foi imputada ao contribuinte.

Portanto, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, declaro nulo o Auto de Infração por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida. Por outro lado, poder-se-ia, com fundamento no art. 156 do RPAF/99, representar à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, aplicando roteiros de auditoria do comércio, que seria o devido para a situação posta nos autos, porém entendo que operará o instituto da decadência no caso em análise, com a nulidade da autuação, por víncio material imperado no presente processo administrativo fiscal.

Voto, portanto, pela NULIDADE do Auto de Infração;

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar NULO o Auto de Infração nº 210436.0053/12-2, lavrado contra JACKSON BORGES SAPUCAIA (NMP COMÉRCIO DE BEBBIDAS EIRELI – MACEDO DISTIBUIDORA) – ME.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, de abril de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR