

**A. I. Nº** - 09265163/03  
**AUTUADO** - HELA FERRAGENS LTDA.  
**AUTUANTE** - ALBA MAGALHÃES DAVID  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/SUL  
**INTERNET** - 30. 06. 2004

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0217-04/04**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. OPERAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com a legislação em vigor, a nota fiscal será emitida antes de iniciada a saída da mercadoria do estabelecimento. Infração caracterizada. Não se inclui na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 09/09/2003, exige ICMS no valor de R\$2.826,96, em razão de operação com mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

O autuado impugnou o lançamento fiscal, fls. 46 a 52 dos autos, alegando, inicialmente, que a autuação não poderá prosperar, porque abusiva, eivada de falhas processuais e com infração ao direito de ampla defesa, oportunidade que transcreveu, parcialmente, os termos da acusação fiscal, bem como citou os dispositivos do RICMS tidos como infringidos e da multa aplicada, com base no mesmo diploma legal.

Em seguida, como preliminares, alinhou os seguintes tópicos:

Nulidade do Auto de Infração - Aduz que o lançamento deve ser declarado nulo, pois o autuante se apóia em quantidades de mercadorias descritas em “Nota de Pedido”, o qual é uma proposta de venda, não significando que a mercadoria circulou, razão pela qual o Fisco não pode presumir que houve efetivamente a venda.

Argumenta, ainda, que inexistente prova nos autos de que as mercadorias transportadas eram de fato aquelas constantes nos pedidos, além do que a autuante não elaborou uma planilha, em que indicasse as mercadorias encontradas e as descritas nas propostas de compras, motivo pelo qual a autuação se baseia em presunção, o que a torna nula, por infringência ao disposto no § único, do art. 142, do CTN. Em apoio ao seu argumento, transcreve Ementa do CONSEF, que julgou nulo Auto de Infração lavrado.

Cerceamento do Direito de Defesa - Alega que a autuação foi efetuada em flagrante desrespeito ao Princípio da Ampla Defesa, prevista no art. 5º, LV, da Constituição Federal, uma vez que alertou a autuante da existência da Nota Fiscal nº 0836, datada de 09/09/2003, no valor de R\$551,38, o que não foi atendido, fato que implicou na majoração do Auto de Infração, razão pela qual deve ser declarado nulo o lançamento fiscal.

Multa Confiscatória – Após citar o art. 150, IV, da Constituição Federal e o § 3º, do art. 113, do CTN, aduz que a exigência de multa, no absurdo percentual de 100% é inequivocadamente confiscatória e inconstitucional é o dispositivo de lei que a instituiu. Cita à fl. 48 doutrina a respeito da multa confiscatória e requer que o Auto de Infração seja declarado nulo.

Apreensão de Mercadoria para exigir tributo - Sustenta que a apreensão de mercadoria para a cobrança de tributo e multa representa uma grave ofensa direta e frontal à Constituição Federal, em seu art. 150, IV, além do que este fato já foi reprimido pela Súmula nº 323, do Superior Tribunal Federal, cujo teor transcreveu, em apoio ao seu argumento. Transcreve, também às fls. 49 e 50, jurisprudência do STJ, do STF e de entendimento de autor sobre o ato nulo e requer a decretação da nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, apresentou os seguintes argumentos para refutar a autuação:

1. Que o somatório dos pedidos anexos importa num total de R\$14.080,38, que diminuído do total das notas fiscais constantes nos autos, mais o valor da Nota Fiscal nº 0836 não considerada pela autuante que totaliza a importância de R\$4.091,87, resulta um valor de R\$9.988,52, enquanto no Auto de Infração foi consignada uma base de cálculo de R\$11.878,00, ou seja, em valor superior de R\$1.889,48. Por esse motivo e aliado ao fato da autuante haver presumido omissão de receita baseado em documento extra-fiscal como ressaltado anteriormente, os quais se constituem em nítida infração ao Parágrafo único do art. 142, do CTN, c/c com o 37 caput da Constituição Federal, requer a decretação da improcedência da exigência fiscal;
2. Argumenta que, como dito na preliminar, a autuante não considerou na autuação a Nota Fiscal de nº 0836, de 09/09/2003, no valor de R\$551,58, a qual foi apresentada pela empresa no momento da ação fiscal. Alega que se por absurdo for mantida a autuação, que seja considerada a referida nota, para reduzir a exigência fiscal, uma vez que se trata de documento idôneo, o qual acobertava a circulação das mercadorias.
3. Alega que não obstante a confiança da empresa no julgamento imparcial por parte do CONSEF, que certamente declarará a nulidade absoluta do Auto de Infração, requer, caso assim não entenda o colegiado, o cancelamento das multas aplicadas ou a sua redução, com base nos arts. 918, do RICMS e 158 e 159, do RPAF, pelo fato de não ter ocorrido, dolo, fraude ou simulação.
4. Frisa que, mesmo imbuído de plena certeza e confiança da imparcialidade do julgamento a ser prolatada por este Egrégio Conselho, diz que, se necessário, pedirá o reconhecimento do seu direito na Justiça Comum, mediante Ação Anulatória Fiscal.

Ao finalizar, requer sejam deferidos todos os meios de prova em direito permitidos, para serem produzidos durante essa fase processual, inclusive a juntada posterior de documentos, a oitiva de testemunhas, perícia e tudo para que, ao final, seja julgamento improcedente o Auto de Infração.

A auditora designada para prestar a informação fiscal, fls. 59 a 61 dos autos, descreveu, inicialmente, os motivos da lavratura do Auto de Infração, bem como fez um resumo das alegações defensivas.

Sobre a defesa formulada, assim se manifestou:

1. Que da leitura dos autos, depreende-se que razão não assiste ao autuado, uma vez que o Auto de Infração foi corretamente lavrado, o qual fundamentou-se no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 116.396 (fl. 2), onde está consignada a apreensão dos pedidos e anexos, bem como as mercadorias neles descritas;
2. Que se equivocou o autuado, ao pretender que a autuação tivesse como fundamento apenas os documentos, pois, foram apreendidas mercadorias em trânsito, como consta no Termo de Apreensão, as quais, algumas delas estavam acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 0821 a 0826. Quanto às demais mercadorias, diz que estavam acobertadas por documentos extra-fiscais, portanto, em situação irregular no trânsito, situação que obriga o seu detentor ao recolhimento antecipado do ICMS, acrescido da multa prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96;

3. Quanto ao documento anexado pela defesa à fl. 56 – cópia da Nota Fiscal nº 0836, aduz que não pode ser aceito, com base no disposto no art. 911, § 5º, do RICMS/97, cujo teor transcreveu, em apoio ao seu argumento;

4. Sobre a decisão do judiciário transcrita pela defesa, frisa que não se aplica ao presente caso, pois, a autuação se reporta a mercadorias desacompanhadas de notas fiscais.

Ao concluir, entende comprovada a infração e opina pela procedência do Auto de Infração.

O PAF, por proposta deste relator e aceita pelos demais componentes desta 4ª JJF, foi convertido em diligência, para que a autuante fizesse a juntada aos autos de uma planilha onde demonstrasse como foi apurada a base de cálculo e o método aplicado para a quantificação do imposto.

Em cumprimento a diligência, a autuante fez a juntada aos autos às fls. 67 a 79, do Demonstrativo de Apuração da Base de Cálculo e do ICMS exigido no Auto de Infração, nas importâncias de R\$16.629,20 e R\$2.826,96, respectivamente.

O autuado, conforme intimação e AR (fls. 80/81 dos autos) foi cientificado pela INFAZ-Ilhéus para tomar ciência dos demonstrativos elaborados pela autuante, oportunidade que foi reaberto o prazo de defesa em trinta dias, no entanto, silenciou a respeito.

## VOTO

O fundamento da autuação foi em razão do autuado, realizar operação com mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, pelo que foi exigido o ICMS correspondente.

Inicialmente, ressalto, com base no disposto no art. 167, I, do RPAF/99, que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração da inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Com referência as preliminares de nulidades suscitadas pelo sujeito passivo, as mesmas não merecem a minha acolhida, pelos seguintes motivos:

a) Em relação à primeira, sob o argumento de que a autuante se apoiou em quantidades de mercadorias descritas em notas de pedido, já que os mesmos se tratam de uma proposta de venda, considero sem nenhum fundamento. Como justificativa, esclareço que as mercadorias objeto da autuação, conforme consignado no Termo de Apreensão, foram encontradas pela fiscalização do trânsito circulando na cidade de Ubaitaba para serem entregues aos seus destinatários, portanto, em local diverso do domicílio do autuado, que é estabelecido na cidade de Itabuna. Diante de tal irregularidade, foi cobrado o imposto pela autuante somente das mercadorias que se encontravam desacompanhadas de documentação fiscal;

b) Quanto à segunda, de cerceamento do direito de defesa, pelo fato da autuante, apesar de alertada pela empresa sobre a existência da Nota Fiscal nº 0836, de 09/09/2003, o que majorou o Auto de Infração, não procede. De acordo com a auditora designada para prestar a informação fiscal, com a qual concordo, a mesma não pode ser aceita, pois, somente foi exibida posteriormente e na forma do disposto no art. 911, § 5º, do RICMS/97, o trânsito irregular de mercadorias não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal;

c) Com referência à terceira, segunda a qual a multa aplicada pela autuante é confiscatória, ressalto que a mesma está prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este julgador declarar a sua inconstitucionalidade;

d) No tocante à quarta, sob a alegação de falha insanável na apreensão de mercadorias para exigir tributo, considero descabida, na medida em que foi o autuado quem ficou com a guarda e depósito das mercadorias, conforme consignado no Termo de Depósito.

Com base na explanação acima, afasto as preliminares de nulidades, além do que observei que a presente autuação não se enquadra em nenhum dos incisos, suas alíneas, do art. 18, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Adentrando no mérito da autuação, constato que as mercadorias no momento da ação fiscal estavam desacompanhadas de documento fiscal, cujo Termo de Apreensão foi assinado pelo preposto do autuado, que era o seu detentor, além do que ficou como responsável pela guarda das mercadorias.

Ao se defender da acusação, o autuado alegou que a autuante não levou em consideração na autuação o valor da Nota Fiscal nº 0836, datada de 09/09/2003, bem como de que houve erro na apuração do imposto, fato que não foi acatado pela auditora designado para prestar a informação fiscal, sob a alegação de que a referida nota, por ter sido apresentada posteriormente, não poderia ser aceita, com base no disposto no art. 911, § 5º, do RICMS/97, com a qual concordo.

Quanto à alegação de erro na apuração do imposto, ressalto que o PAF foi convertido em diligência por esta 4ª JJF, para que a autuante elaborasse uma planilha onde demonstrasse como foi apurado a base de cálculo e o valor do ICMS, o que foi atendido, conforme fls. 67 a 79, cujos valores não foram objeto de questionamento por parte do autuado, ao ser cientificado pela INFAZ-Ilhéus. Considero o silêncio do autuado, como uma aceitação tácita dos referidos valores.

De acordo com o disposto no art. 220, I, do RICMS, a nota fiscal deve ser emitida pelo contribuinte antes de iniciada a saída da mercadoria do estabelecimento. Como o autuado assim não procedeu, entendo caracterizada a infração.

Acerca do pedido do autuado, em que requer a redução da multa aplicada, sob o argumento de que não houve dolo, fraude ou simulação, não posso acatá-lo, já que restou comprovado nos autos o trânsito irregular de mercadorias, fato que implicou na falta de recolhimento do imposto sobre a operação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **09265163/03**, lavrado contra **HELA FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.826,96**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR