

**A. I. N°** - 929616-6/03  
**AUTUADO** - ALIMENTY COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ ARNALDO REIS CRUZ  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ  
**INTERNET** - 22.09.04

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0349-03/04

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vícios jurídicos que afetam a sua eficácia: **a)** acusa a realização de operações com utilização de documentação fiscal inidônea emitida por contribuinte fictício ou que não estiver exercendo suas atividades, porém, na data da autuação o contribuinte estava com inscrição estadual ativa; **b)** não foi fornecida ao autuado a via do contribuinte, do Termo de Apreensão que embasou a autuação em lide; **c)** inexistência de certeza da quantidade da mercadoria apreendida, causando dúvida quanto à base de cálculo do tributo. 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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/10/2003, refere-se à exigência de R\$11.366,88 de ICMS, mais multa de 100%, pela “utilização de documentação fiscal emitida por contribuinte fictício ou que não estiver exercendo suas atividades. Conforme Termo de Apreensão 114951/03”.

À fl. 07 dos autos consta declaração prestada por Márcio Miotto e Aurimar Roberto de Santana, na qual, o primeiro informa que transportou sem documentação fiscal 400 caixas de charque, totalizando 12.000 Kg, e a referida mercadoria se destinava à empresa Alimenty Comércio de Alimentos Ltda., com endereço comercial à Rua Carlos Gomes, 613, Edf. Guadalajara, lojas 544/545, cidade de Salvador – Bahia.

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou tempestivamente impugnação às fls. 20 a 27 dos autos, alegando que o autuante sequer indicou no Auto de Infração as notas fiscais presumidas como inidôneas, limitando-se a acusar o autuado como contribuinte fictício ou contribuinte com atividade encerrada, embora, no momento da ação fiscal tenham sido exibidas as Notas Fiscais de números 0372, 0375, 0376, 0377 e 0379 com os destinatários nelas identificados. Disse que o autuado tem como atividade o comércio atacadista de produtos alimentícios, de acordo com o contrato social, e na oportunidade da ação fiscal encontrava-se em plena regularidade perante a SEFAZ, ou seja, a sua inscrição estadual estava ativa. Ressaltou que a mercadoria objeto da autuação é charque, que está sujeita ao regime da substituição tributária, com o pagamento antecipado do imposto, o que foi efetuado na época de sua aquisição. Demonstrou o entendimento de que o Fisco deveria considerar as notas fiscais apresentadas e

cobrar apenas uma penalidade pelo fato que constatou, por não se tratar de contribuinte fictício. O defendente suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que não houve observância aos requisitos essenciais que a Lei determina, que houve ofensa ao Princípio Constitucional da Ampla Defesa e do Contraditório. Transcreveu o inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal comentando o que se deve entender em relação à ampla defesa.

O defendente impugnou a base de cálculo utilizada pelo autuante, alegando que a margem de lucro das mercadorias deveria ser a prevista no RICMS, e ser observado que se trata de contribuinte com atividade de atacado, por isso, o preço deveria ser o praticado por atacadistas. Reafirmou que a exigência do imposto é descabida; as notas fiscais de vendas constam destinatário certo; houve a tributação da mercadoria na época de sua aquisição e a sua efetiva entrada no estabelecimento autuado, restando provado o ingresso através dos livros fiscais. Requer seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 41 a 44 dos autos, o autuante fez o relato fatos apurados, conforme resumo a seguir: de acordo com a declaração prestada por Maurício Miotto, motorista da carreta, e Sr. Aurimar Roberto de Santana, procurador da empresa, a mercadoria (12.000 Kg. de charque) estava sendo transportada sem documentação fiscal, e após a transferência da carreta para o estacionamento da IFMT/Metro, local onde foi prestada a declaração, apareceram as Notas Fiscais de números 0372, 0375, 0376, 0377 e 0379, todas com data de emissão em 29/09/2003, às 6 horas, e o veículo foi interceptado no dia 01/10/2003, às 17 horas, de acordo com o Termo de Apreensão de nº 114951. Informou que foi constatada a quantidade de 310 caixas, sendo solicitado de imediato que fosse apresentado o comprovante do pagamento da antecipação tributária, o que não ocorreu. Foi lavrado o Auto de Infração, assinado pelo procurador do autuado, Sr. Aurimar Roberto de Santana, que solicitou a emissão do DAE para pagamento. Entretanto, no dia 06/10/2003, a IFMT Metro recebeu um Mandado Judicial para liberação da mercadoria, e sendo efetuada a contagem física, foram apuradas 350 caixas.

Quanto às alegações defensivas, o autuante esclareceu que a autuação foi efetuada em decorrência do transporte da mercadoria sem documentação fiscal, e as notas fiscais somente apareceram após a transferência da mercadoria para o estacionamento da IFMT/Metro. Disse que não procedem as alegações defensivas, e que foi realizada diligência, mas a empresa não foi localizada, sendo preenchida FLC para cancelar a inscrição estadual do autuado, que foi intimado para cancelamento em 14/10/2003, e em 12/11/2003, houve o efetivo cancelamento. Quanto à alegação defensiva de que não foram indicadas as notas fiscais no Auto de Infração, disse que a identificação dos mencionados documentos encontra-se no Termo de Apreensão, e não há necessidade de se colocar também no Auto de Infração.

Em relação ao argumento do autuado de que se trata de mercadoria sujeita ao pagamento do ICMS por antecipação, o autuante esclareceu que foi solicitada a necessária comprovação, conforme Termo de Apreensão, e não houve atendimento ao solicitado. Pede pela procedência do Auto de Infração, ressaltando que a base de cálculo foi apurada conforme determina a legislação.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado se manifestou à fl. 57 do PAF, argumentando que os documentos acostados aos autos pelo autuante corroboram as alegações defensivas, citando como exemplo o levantamento do preço que revela o mesmo valor por Kg da mercadoria praticado junto ao consumidor final, lembrando que restou provado que o autuado opera no ramo atacadista de gêneros alimentícios. Sobre as notas fiscais anexadas aos autos pelo autuado, alegou que o preenchimento dos mencionados documentos fiscais atendem às formalidades legais, acobertam as mercadorias, e revelam as operações de vendas efetuadas pelo autuado aos seus clientes. Quanto à antecipação do imposto, disse que o recolhimento foi efetuado no ato da aquisição da mercadoria, que é procedente do Estado de Minas Gerais.

O processo foi submetido à pauta suplementar do dia 01/04/2004 (fl. 63), e a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu convertê-lo em diligência à IFMT-DAT/METRO, para que fosse entregue ao autuado cópia da via do contribuinte do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de número 114951, bem como para que fosse reaberto o prazo de defesa, uma vez que a citada via do Termo de Apreensão encontra-se nos autos, fl. 3, e deveria ter sido entregue quando da lavratura do Auto de Infração.

Em atendimento ao solicitado, a repartição fazendária encaminhou ao autuado a intimação de fl. 72, entretanto, o “AR”, fl. 73, que comprovaria o recebimento da intimação e cópias do Auto de Infração e do Termo de Apreensão foi assinado por pessoa não identificada como representante legal ou preposto do contribuinte.

## VOTO

De acordo com a infração assinalada no campo 12 do Auto de Infração fl. 01, foi constatada operação ou prestação efetuada sem documento fiscal ou com documentação inidônea, e o autuante complementou com a informação de que houve “utilização de documentação fiscal emitida por contribuinte fictício ou que não estiver exercendo suas atividades. Conforme Termo de Apreensão 114951/03”.

O Termo de Apreensão acima mencionado esclarece os motivos da apreensão e a conseqüente lavratura do Auto de Infração, fazendo a seguinte descrição dos fatos: “mercadorias acompanhadas de notas fiscais inidôneas. Embora o transportador tenha apresentado as Notas Fiscais nºs 372, 375, 376, 377 e 379, ficou constatado que as mesmas embora revestidas das formalidades legais foram emitidas com intuito de fraude por indicar que o imposto por antecipação foi recolhido quando isso não foi comprovado, uma vez que as mercadorias foram adquiridas sem documentação fiscal, fato declarado pela própria empresa. Em diligência efetuada na empresa Alimenty Comércio de Alimentos Ltda. comprovamos que a mesma não mais está funcionando no endereço indicado no cadastro. Cumpre ressaltar, que o local indicado como estabelecimento trata-se de uma sala no Edf. Guadalajara, na Rua Carlos Gomes e que não comporta armazenamento de mercadorias”.

Embora as notas fiscais em questão possam apresentar indícios de regularidade, inclusive quanto à inscrição estadual do autuado que ainda não estava cancelada, entendo que não deveriam servir para a operação alegada pelo autuado, considerando a data de emissão/saída em 29/09/2003, às 6 horas, dados consignados nos documentos fiscais, e a apreensão ocorreu em 01/10/2003, às 17 horas. Se o remetente e o destinatário estão localizados aqui em Salvador, não justifica que o transporte das mercadorias tenha sido realizado mais de 48 horas depois da emissão das notas fiscais.

Entretanto, apesar das irregularidades no transporte das mercadorias, a autuação contém vícios que afetam a sua eficácia:

- a) acusação fiscal se refere à realização de operações com utilização de documentação fiscal inidônea emitida por contribuinte fictício ou que não estiver exercendo suas atividades, porém, na data da autuação o contribuinte estava com inscrição estadual ativa;
- b) não foi fornecida ao autuado a via do contribuinte, do Termo de Apreensão que embasou a autuação em lide;
- c) inexistência de certeza da quantidade da mercadoria apreendida, causando dúvida quanto à base de cálculo do tributo, haja vista que no Termo de Apreensão foram indicadas 260 + 140

caixas, totalizando 400 caixas com 30 Kg de charque, ou 12.000 Kg da mercadoria. Entretanto, de acordo com a informação fiscal prestada pelo autuante, verificando as notas fiscais foi constatada a quantidade de 310 caixas, e para a liberação da mercadoria, foi efetuada a contagem física, sendo apuradas 350 caixas. Ademais não há comprovação quanto à base de cálculo.

É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa (item b) ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada (item a) e base de cálculo do imposto exigido (item c). Assim, devido às falhas insanáveis no presente Auto de Infração, concluo pela sua nulidade, representando à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal, a salvo de incorreções, conforme art. 156 do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 929616-6/03**, lavrado contra **ALIMENTY COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, com a recomendação para instauração de novo procedimento fiscal.

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

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRES. EM EXERCÍCIO/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR