

A. I. Nº - 232122.0003/15-0  
AUTUADO - FUNDSSEL METALÚRGICA LTDA.  
AUTUANTE - EDMUNDO SILVA COSTA  
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL  
PUBLICAÇÃO- INTERNET - 12/03/2024

**3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0029-03/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devidos pelo contribuinte de direito, qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/01/15, exige ICMS no valor de R\$ 22.634,72, acrescido da multa de 100%, em virtude do cometimento da **Infração - 51.01.01** - “Transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal”

Enquadramento legal: art. 6º, incisos III, “d” e IV; art. 34, incisos VI-A, XII e XIV-B, da Lei 7.014/96 c/c art. 83, I; art. 101, do RICMS-BA/12. Com multa prevista na alínea “a”, do inciso IV, do art. 42, IV, “a”, da Lei 7.014/96.

Foi lavrado Termo de Ocorrência Fiscal nº 232122.0001/15-7, às fls. 04 e 05, datado de 22/01/2015, no qual consta na Descrição dos Fatos que “... constatei que a empresa, FUNDSSEL COMÉRCIO DE METAIS LTDA, identificada nesse procedimento, em seu veículo MST 7260 - Mercedes Benz Tipo Carreta, conduzida pelo motorista, Sr. Jose Carlos Dias - CNH, Nº 00724164234 - DETRAN - ES, contendo em sua carga a quantidade de 82.368(oitenta e dois mil, trezentos e sessenta e oito) latas de 350ml de cerveja BRHAMA, desacompanhadas de documentação fiscal. O veículo em sua velocidade em trânsito, passou direto neste Posto Fiscal, no leito da BR 101 - km 950, com destino ao Estado do Espírito Santo e foi perseguido por esta fiscalização e interceptado já a 06(seis) km deste Posto Fiscal, na divisa deste Estado, sendo assim reconduzido por seu motorista a este Posto Fiscal, onde realizou-se a fiscalização com esse procedimento. Imposto devido, apurado neste conforme Planilha de Cálculo anexa.

Consta às fls.12 a 14, cópia da Decisão do Mandado de Segurança no Autos nº 8000018-14.2015.8.05.0172, que determina a liberação do veículo e mercadoria apreendida.

O Autuado apresenta impugnação às fls. 36 a 44, observa inicialmente a tempestividade, em seguida apresenta as seguintes ponderações.

Observa que foi autuado pelo motivo de “transporte de mercadorias sem documento fiscal; e saída de mercadoria sem documentação fiscal. “A tipificação legal contida no auto remete à alínea “a”, do inciso IV, art. 42, da Lei 7.014/96.

Afirma que o Auto de Infração objeto do presente reclame administrativo não pode subsistir, uma vez que eivado de nulidade formal e material.

Destaca que a garantia da plena defesa implica a observância do rito, as cientificações necessárias, a oportunidade de objetar a acusação desde o seu nascedouro, a produção de provas, o acompanhamento do iter procedimental, bem como a utilização dos recursos cabíveis.

Registra que a Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder de polícia e nas atividades *self executing* não pode impor aos administrados, sanções que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa, sob pena de nulidade do ato, tal como deve ocorrer no caso concreto, conforme a seguir será exposto.

Menciona que o Auto de Infração questionado acarretou cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que concedeu o prazo de defesa no importe de 30 dias, ao passo que a Lei Estadual 3.956/81, alterado pela Lei 13.199/2014, e que veicula no inciso II, do art. 132, do Código Tributário do Estado da Bahia, prescreve o prazo de 60 dias para tanto.

Diz que no presente caso, sobressai clarividente que a incidência à hipótese concreta deve ser da norma estatuída no inciso II, supra referenciado, uma vez que se estar diante de um típico auto de infração, e não de notificação fiscal.

Afirma ser de conhecimento geral que o processo administrativo para apuração de infrações ao ordenamento jurídico-tributário é norteado por diversos princípios, dentre os quais se destaca o contraditório e a ampla defesa. Em que pese sua indicação expressa, o que se percebe, na prática, é que diversos procedimentos desconsideram a sua aplicação, resultando em verdadeiro cerceamento de defesa ao autuado.

No caso em tela, ao se deparar com um Auto de Infração lavrado sem a indicação correta do prazo para o administrado apresentar defesa, incorre-se em manifesta violação ao contraditório e à ampla defesa.

Destaca não ser outro o entendimento da jurisprudência pátria em casos análogos, citando como exemplo o julgado - TJ/RS, AC 70019020387, 2ª Câmara Cível, Relator: Roque Joaquim Volkweiss, Julgado em 09/04/08

Assinala que o referido vício, de *per si*, é capaz de eivar o auto de infração de nulidade absoluta, o que desde já requer seja declarado. Não obstante, outras questões também levam o auto de infração questionado ao inevitável caminho da declaração de nulidade.

#### REDUÇÃO DA BASE CÁLCULO TRANSFERÊNCIA PARA RECICLAGEM

Observa do CNPJ e do contrato social da Impugnante, que a mesma tem como objetivo comercial central a compra e venda de materiais para reciclagem. Aliás, outra não foi a verificação contida no Auto de Infração, que encontrou 82.368 latas de cerveja.

Pondera que, muito embora o enquadramento fiscal do produto tenha ocorrido de maneira correta no Auto de Infração (lata/sucata), a sua quantificação ocorreu como se fossem latas cheias (lata com produto a ser consumido).

Assevera, diante disso, que deve ser declarada a nulidade do Auto de Infração também por essa razão ou, subsidiariamente, ser corrigido o seu valor, a fim de que a quantificação seja feita com base no item lata/sucata.

Frisa que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor. Menciona que o art. 150, da CF/88 sedimenta a sua pretensão quanto à vedação ao confisco.

Diz verificar-se ao compulsar do processo administrativo em epígrafe, as multas aplicadas alcançam praticamente o quantitativo de 100% do valor do ICMS devido, configurando nítido preceito de confisco.

Registra que, ao impor a multa em questão, incorre essa Administração Tributária em manifesta afronta à jurisprudência do excelso STF sobre o tema, especificamente no que diz respeito à ausência de proporcionalidade.

Pondera que, caso não se entenda pela nulidade do presente Auto de Infração, requer, subsidiariamente, a redução da multa imposta e discriminada por meio da planilha de fls. 02 do processo administrativo em questão.

Pugna pela produção de prova testemunhal, a fim de se comprovar a natureza dos produtos fiscalizados (latas vazias).

Conclui assinalando que demonstrada a insubsistência da autuação fiscal em comento, requer que seja acolhida e provida a presente Impugnação para: declarar a nulidade do Auto de Infração em epígrafe; ou, subsidiariamente, reduzir o valor arbitrado a título de ICMS; e redução da multa aplicada ao patamar não superior a 20%.

O Autuante presta informação às fls. 53 a 55, destaca de início que o Autuado pretende ver decretada a nulidade do presente PAF em virtude de constar da intimação de fls. 33, o prazo assinalado para a defesa de 30 dias, quando na verdade seriam de 60 dias.

Observa que tal alegação não há de ser acatada, uma vez que o prazo estipulado para apresentação da impugnação decorre de disposição legal, mais especificamente da regra contida no art. 132, inciso II, do COTEB, como bem asseverou o contribuinte em sua defesa, sendo irrelevante o prazo assinalado equivocadamente na intimação. Prossegue aduzindo que o Impugnante fora intimado no dia 16/06/2015 e protocolou sua peça defensiva no dia 14/08/2015, utilizando-se assim da totalidade do prazo concedido pela legislação, desconsiderando-se, corretamente, o prazo assinalado na intimação. Destaca que se tem claro, que a indicação equivocada na intimação não causou qualquer tipo de prejuízo à defesa, sendo aplicável ao caso a regra contida no art. 18, § 2º, do RPAF-BA/99. Arremata asseverando restar rechaçada a nulidade apontada.

No que concerne à solicitação da redução da base de cálculo, sob o argumento de que a mercadoria transportada sem documentação fiscal, seriam latas de alumínio vazias, destinadas à reciclagem, esclarece que tal alegação se extrai, inicialmente, que o contribuinte não contesta, e até reconhece tacitamente o cometimento da infração, se limitando o seu pleito à redução da base de cálculo em virtude da mercadoria. Sustenta que tal pleito também não pode ser atendido. Afirma que os autos estão repletos de provas que repelem tal alegação, sendo esta, mera tentativa de reduzir a imposição fiscal.

- Desde o nascimento consta do termo de ocorrência fiscal que a mercadoria se trata de cerveja Brahma em latas de 350 ml, fls. 04;
- O mesmo texto é repetido no corpo do auto de infração as fls. 01;
- Na planilha de cálculos assentada às fls. 06, temos no campo “produto e tributação” a clara informação de que se trata de Cerveja em Latas de 350 ml.

Frisa que poder-se-ia dizer que tais informações foram trazidas aos autos pelo Autuante, o que em nada diminuiria a sua credibilidade em virtude da presunção de legitimidade da autuação fiscal estabelecida pelo RPAF-BA/99.

Prossegue enfatizando que, no presente caso, temos a corroborar a acusação fiscal, palavras do próprio contribuinte que, por seu procurador, na peça judicial que requereu liminar em mandado de segurança, reconhece repetidas vezes se tratar a mercadoria encontrada sem documentação fiscal, de cervejas em lata, fls. 16 e 17, sepultando se, portanto, a alegação defensiva sobre a natureza da mercadoria transportada sem documentação fiscal, não passando de mera tentativa, infundada, de tentar diminuir a imposição tributária do presente PAF.

Esclarece quanto ao percentual da multa aplicada, este decorre da previsão legal para a natureza da infração cometida.

Registra que o defendente não traz aos autos qualquer elemento de convicção apto a elidir a acusação fiscal, especialmente comprovante, mesmo tardio, de pagamento do imposto devido, pelo que, contestando a peça defensiva em todos os seus termos

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Em busca da verdade material, essa 3ª JJF converte os autos em diligência, fl. 69, para que refizesse o demonstrativo de apuração do débito com a indicação da origem do preço unitário da mercadoria apreendida e fornecesse cópia ao autuado e que fosse informado a reabertura do prazo de defesa de sessenta dias.

O Autuante apresenta o resultado da diligência à fl. 74, acostando o demonstrativo solicitado, fl. 74, considerando que a intimação não foi atendida via postal retornando à SEFAZ, com a informação de que o destinatário não foi encontrado no endereço postado por ter se mudado, com se verifica à fl. 77 a 81.

Por isso, essa 3ª JJF, decidiu converter novamente os autos em diligência, fl. 86, para que o Autuado seja intimado seguindo integralmente a forma prevista nos artigos 108 e 109, do RPAF-BA/99, intimando, inclusive na pessoa dos sócios e, se necessário por Edital para entrega de cópia do demonstrativo acostado à fl. 74, informando expressamente a reabertura do prazo de 60 dias.

Cumprida a diligência inclusive por edital o Autuado não se manifestou.

#### **VOTO**

O Autuado arguiu como preliminar de nulidade aduzindo que ocorrera ofensa ao contraditório e a ampla defesa, haja vista que a intimação para Defesa do Auto de Infração concedeu apenas trinta dias contrariando o prazo de 60 dias previsto no inciso II, do art. 132, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB.

O Autuante em sua informação fiscal sustentou ser irrelevante o prazo equivocado de trinta dias assinalado na intimação, uma vez que o prazo estipulado para apresentação decorre de disposição legal no COTEB. Acrescentou ainda que o Autuado, na apresentação de sua Defesa, utilizou exatamente a totalidade do prazo de sessenta dias previsto no COTEB, uma vez que foi intimado no dia 16/06/2015 e protocolou sua Defesa em 14/08/2015.

Depois de examinar os elementos que constituem os presentes autos constato que não deve prosperar a pretensão da Defesa, eis que, essa 3ª JJF, ao converteu os autos em diligência, fl. 69, concedendo de forma expressa a reabertura do prazo de sessenta dias.

Portanto, não assiste razão ao Impugnante e fica superada a preliminar suscitada.

Consigno ainda, no que tange aos requisitos formais que, estão presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do Auto de Infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses preconizadas pela legislação de regência, precipuamente as estatuídas no art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade a autuação.

No mérito, presente Auto de Infração exige ICMS sob acusação de realização de transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Em sua defesa o Impugnante, ao tratar do mérito não denegou o cometimento da infração, sob a alegação de que o enquadramento do produto no Auto de Infração está incorreto, depois de explicar que seu objetivo comercial é a compra e venda de materiais para reciclagem e que a carga apreendida não se trata de latas cheias de cervejas com produto a ser consumido, e sim, de lata/sucata, pugnando pela correção da exação e que a quantificação fosse realizada com base na mercadoria lata/sucata, que tem redução de base de cálculo.



Em suma, esse foi o argumento articulado pelo Impugnante em sua Defesa.

O Autuante manteve a autuação destacando que o pleito do Autuado para que fosse aplicada a redução da base cálculo sob a alegação de se tratar lata/sucata não pode ser atendido, por se tratar de mera tentativa de reduzir a imposição fiscal, haja vista que desde o Termo de Ocorrência Fiscal que a mercadoria se trata de cerveja Brahma em latas de 350 ml, fls. 04. Além do que, registra que o próprio Autuado na peça judicial que requereu liminar em mandado de segurança, reconhece repetidas vezes se tratar a mercadoria encontrada sem documentação fiscal, de cervejas em lata, fls. 16 e 17.

Ao compulsar as peças que compõem os autos constato à fl. 16, que o Mandado de Segurança com Pedido de Provimento de Medida Liminar para liberação da carga apreendida foi impetrado conjuntamente pela sócia do Autuado e proprietário do veículo transportador das mercadorias apreendidas, Sra. Nailde Coutinho Lima e pela empresária individual, Maria L. C. S Lima EPP, proprietária da carga de cerveja.

Logo, resta evidenciado a inexistência de qualquer dúvida em relação a natureza das mercadorias apreendidas, como claramente consta no Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 04, uma vez que a alegação do Autuado de que a carga objeto da autuação seria lata/sucata não tem suporte fático, bem como o fato de que o Autuado era o transportador das mercadorias objeto da autuação, à luz da petição inicial, junto à Vara da Única Cível da Comarca de Mucuri - Estado da Bahia, fls. 16 a 21, do Mandado de Segurança com Pedido de Provimento de Medida Liminar para liberação da carga apreendida.

Consigno também que a diligência solicitada para que o Autuante apresentasse demonstrativo de débito com a indicação da origem do preço unitário da mercadoria apreendida foi atendida e consta à fl. 74.

Considerando que tendo sido a intimação para o atendimento da diligência endereçada via postal e o Autuado não mais se encontrava no local cadastrado, foi realizada uma nova diligência intimação via Edital. No entanto, o Autuado não se manifestou nos autos no prazo legal.

Nessas condições, a legislação permite considerar o Autuado como responsável pelo pagamento do imposto devido, também por solidariedade, a luz do que estabelece o art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito:

*Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:*

*IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;*

Portanto, encontra-se correto o procedimento fiscal para exigir o imposto em tela, acrescentando que se encontra à fl. 06, o Demonstrativo de débito e base de cálculo do ICMS devido, em consonância com o levantamento descrito no Termo de Ocorrência Fiscal e com a legislação pertinente.

O Autuado pugna pela produção de prova testemunhal, a fim de se comprovar a natureza dos produtos fiscalizados. Ante a inexistência de previsão legal, indefiro a solicitação.

O Defendente requer a redução da multa aplicada ao patamar não superior a 20%.

Consigno que o Autuante aplicou para a irregularidade apurada neste auto de infração, as multas previstas na alínea “a”, do inciso IV, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, no respectivo percentual ali prescrito, em ajustada cominação com o descumprimento das obrigações tributárias descritas no presente Auto de Infração

Quanto ao pleito da sua redução da multa, não pode ser acolhido, eis que essa Junta de Julgamento do CONSEF não tem competência para redução de multa por descumprimento de

obrigação tributária devidamente preconizada na legislação vigente, na forma do inciso III, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Concluo pela subsistência da autuação.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

**ACORDAM** os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232122.0003/15-0**, lavrado contra **FUNDSEL METALÚRGICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.634,72**, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “a”, do inciso IV, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR