

A. I. N° - 298951.0413/03-0
AUTUADO - HELENA MARIA ANAUTOVIC MARTINELLI
AUTUANTES - ANANIAS JOSÉ CARDOSO FILHO e EDIJALMA FERREIRA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 08/09/03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0345/01-03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. TERMO DE APREENSÃO INVÁLIDO. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. O Auto de Infração que objetive o lançamento de tributo deve basear-se em Termo de Fiscalização ou em Termo de Apreensão emitido de forma eficaz. Neste caso, houve apenas uma aparente apreensão. O procedimento foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/4/03, acusa a falta de recolhimento de ICMS em decorrência de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro estadual de contribuintes. Imposto lançado: R\$ 5.797,00. Multa: 100%.

O autuado defendeu-se opondo uma preliminar de nulidade: a fiscalização, mesmo sabendo que as mercadorias pertenciam a uma pessoa jurídica, tanto assim que solicitou à mesma um orçamento, lavrou o Auto de Infração em nome da pessoa física, a titular da empresa.

Quanto ao mérito, a defesa alega que todas as mercadorias tinham Notas Fiscais, conforme cópias anexas. Questiona os preços atribuídos às mercadorias, alegando que os preços declarados no orçamento solicitado pelo fisco a uma funcionária da empresa são preços de venda para 24 meses, e não a vista. Diz que as Notas Fiscais das mercadorias objeto do Auto de Infração se encontram registradas na microempresa, tendo as compras sido informadas à Secretaria da Fazenda. Considera que não houve prejuízo para o Estado. Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente.

Um dos autuantes prestou informação, em que, após transcrever dispositivos do regulamento do imposto, conclui dizendo que as Notas fiscais apresentadas pela defesa apenas acobertam mercadorias estocadas no estabelecimento que se encontra inscrito, não servindo, porém, para acobertar as mercadorias encontradas no estabelecimento clandestino. Opina pela manutenção do procedimento.

VOTO

Este Auto de Infração diz respeito mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro estadual de contribuintes.

O autuado defendeu-se reclamando que a fiscalização, mesmo sabendo que as mercadorias pertenciam a uma pessoa jurídica, tanto assim que solicitou à mesma um orçamento, lavrou o Auto de Infração em nome da pessoa física, a titular da empresa. Alega que as mercadorias têm documentos fiscais. As mercadorias, segundo a defesa, pertencem à firma Helena Anautovic Martinelli, microempresa inscrita no cadastro estadual sob o nº 57.039.682-ME. Juntou cópias das Notas Fiscais.

Essa questão foi alegada como preliminar. Não se trata propriamente de uma preliminar. Analiso isso como um dos aspectos substanciais da lide.

As mercadorias devem ser mantidas, sempre, em local adequado. Não podem ser armazenadas em estabelecimento não inscrito no cadastro estadual.

Há, contudo, nestes autos um vício jurídico que tenho o dever, como julgador, de levantar de ofício, pois diz respeito à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos por princípios como o da verdade, da legalidade, da ampla defesa, do devido processo legal. Esses princípios são muito acertadamente denominados de “princípios retores” da tributação, por dizem respeito à retidão como deve pautar-se o ente tributante ao instituir e ao cobrar tributos. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material e formal estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora.

O Auto de Infração que objetive o lançamento de tributo deve basear-se em Termo de Fiscalização ou em Termo de Apreensão. No presente caso, como se trata de mercadorias armazenadas em estabelecimento não inscrito, teria de haver, forçosamente, a apreensão das mercadorias.

No entanto, as mercadorias não foram apreendidas, apesar de os autuantes terem emitido um papel intitulado Termo de Apreensão e Ocorrência, dando a impressão de que as mercadorias arroladas na contagem de estoque teriam sido apreendidas. Ocorre que, quando o fisco apreende alguma coisa, o objeto apreendido precisa ser depositado ou confiado à guarda de alguém. O Termo de Depósito é parte integrante do Termo de Apreensão. As mercadorias apreendidas não podem ser largadas ao léu. Na situação em exame, suponha-se que, ao final da lide, o Estado fosse efetuar o leilão das mercadorias. Onde e com quem estão as mercadorias supostamente apreendidas? Quem é o seu fiel depositário?

Com efeito, analisando o instrumento às fls. 4-5, noto que o Termo de Depósito não foi lavrado de forma válida. Consta ali que as mercadorias teriam sido postas sob a guarda e responsabilidade de Helena Maria A. Martinelli, porém o aludido termo não contém a assinatura do fiel depositário.

Nos termos do art. 946 do RICMS/97, os bens apreendidos devem, no ato da apreensão, ser depositados na própria repartição fiscal ou, a juízo do fisco, confiados à guarda do detentor dos bens, ou do seu proprietário, ou mesmo de terceiro, mediante a lavratura de Termo de Depósito, a ser assinado pelo preposto fiscal e pelo depositário. Eis o teor do citado dispositivo.

“Art. 946. As mercadorias, bens, livros ou documentos apreendidos serão depositados, no ato da apreensão, em repartição pública ou, a juízo do Auditor Fiscal ou Agente de Tributos que fizer a apreensão, em poder do transportador, do estabelecimento de origem, do proprietário das mercadorias ou de terceiro designado pelo fisco, mediante a lavratura de Termo de Depósito, a ser assinado pelo preposto fiscal e pelo depositário”.

Dou destaque, no trecho acima transcrito, aos seguintes aspectos:

- a) em face da expressão “serão depositados, no ato da apreensão”, fica claro que é obrigatório o depósito dos bens apreendidos; de fato, não faria sentido o fisco apreender mercadorias ou outros bens e deixar de documentar o local onde devam ser guardados e a pessoa responsável por eles; a expressão “serão depositados” implica uma ordem, não uma faculdade;
- b) os bens apreendidos podem ser depositados na própria repartição fiscal, como podem, a juízo do preposto fiscal, ser confiados à guarda do detentor dos bens, ou do seu proprietário, ou mesmo de terceiro;
- c) é preciso determinar-se, com precisão, quem é o depositário, por duas razões; primeira: se o depositário é o fisco, é necessário que se formalize o depósito, como requisito para a futura liberação dos bens, depois de sanadas as irregularidades; segunda: se o depositário é o contribuinte ou terceiro, a documentação do depósito tem por objetivo a atribuição de sua responsabilidade como fiel depositário, quando for o caso;
- d) os bens apreendidos devem ser depositados, no ato da apreensão; a expressão “no ato da apreensão” denota o caráter impositivo do preceito;
- e) o artigo termina dizendo que o depósito deve ser materializado mediante a lavratura de Termo de Depósito, a ser assinado pelo preposto fiscal e pelo depositário; neste caso, o Termo de Depósito não foi assinado pela pessoa nele consignada como depositária, que seria a firma Helena Maria A. Martinelli; a assinatura do contribuinte à fl. 5 não supre o vício assinalado, pois a assinatura ali aposta se destina apenas a dizer que foi recebida a 3ª via do Termo de Apreensão.

Tendo em vista que o Auto de Infração relativo ao lançamento de tributo precisa embasar-se em Termo de Fiscalização ou em Termo de Apreensão lavrado de forma eficaz, e considerando que neste caso houve apenas uma aparente apreensão das mercadorias em situação irregular, tendo o procedimento sido conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, o Termo de Apreensão é nulo, e por conseguinte nulo também é o procedimento fiscal, por não ser seguido o devido processo (procedimento) legal.

A repartição examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se antes de nova ação fiscal o contribuinte sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, II, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **298951.0413/03-0**, lavrado contra **HELENA MARIA ANAUTOVIC MARTINELLI**.

Sala das Sessões do CONSEF, 3 de setembro de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA