

**PROCESSO** - A. I. Nº 088989.0911/05-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDA** - VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA. (VITÓRIA)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ªJF nº 0435-02/05  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**INTERNET** - 09/03/2006

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0059-11/06

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FALTA DE PROVA EFICAZ DA MATERIALIDADE DO FATO. O lançamento, neste caso, decorreu de ação fiscal desenvolvida na fiscalização do trânsito de mercadorias. Não foi lavrado Termo de Apreensão das mercadorias de forma eficaz. O Termo de Apreensão, quer como ato acessório, quer como ato pressuposto, quer como ato preparatório, constitui um requisito de validade do Auto de Infração. O Auto de Infração, uma vez lavrado pelo agente competente, passa a existir; se é feito de acordo com a lei, é válido; porém, a existência de vício que afete a sua validade compromete eficácia do procedimento fiscal, obstando a produção de efeitos jurídicos. Não se declara a nulidade de um ato se não há prejuízo. No caso presente, houve prejuízo jurídico de monta, haja vista que, nos termos do art. 945 do RICMS, é através do Termo de Apreensão que se constitui a prova da materialidade do fato. Conseqüentemente, sem Termo de Apreensão lavrado de forma eficaz, não há prova da infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª JF, em razão de sua Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em tela, por ter o contribuinte recolhido a menos o ICMS a título de antecipação tributária, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (produtos farmacêuticos), contempladas no anexo único da Portaria nº 114/04, destinada a “empresa sem regime especial”.

Sustenta a Decisão da 2ª JF, ora recorrida que:

- a autuação diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de antecipação tributária, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (produtos farmacêuticos);
- o contribuinte, após relatar certos fatos, alegando perseguição à sua empresa, pede a revisão do lançamento apelando para os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade;
- há nos autos, um vício grave, no que concerne ao Termo de Apreensão;
- o fiscal designado para prestar a informação – o auditor Sílvio Chiarot Souza – pronunciou-se de forma estranhíssima. Destaca os seguintes aspectos:

- a) o fato apurado, de acordo com o fiscal informante, diria respeito a tecidos – na verdade, trata-se de medicamentos;
  - b) segundo o auditor, as mercadorias seriam relacionadas à Nota Fiscal nº 298464, emitida pela A.M.C. Têxtil Ltda. – na verdade, não se trata de uma nota, apenas, mas sim de 14 Notas, e o emitente não é a A.M.C. Têxtil Ltda., mas sim a empresa EMS S.A., do grupo EMS Sigma Farma;
  - c) o “valor contábil” das mercadorias, segundo o auditor, seria de R\$2.385,82 – na verdade, a base de cálculo supera a casa de um milhão de reais;
  - d) no Auto de Infração, consta que o motivo da autuação seria o fato de se tratar de “empresa sem regime especial” – mas, ao prestar a informação, o fiscal diz que a autuação foi em virtude do cancelamento da inscrição;
  - e) ao comentar as “razões da defesa”, o fiscal alude a coisas que o contribuinte não disse;
  - f) no que concerne à informação fiscal propriamente dita, o fiscal lamenta que tenha acontecido certos contratempos, porém é evidente que ele se refere a coisas alheias ao presente caso;
- no início da informação, o número do Auto de Infração foi apagado com corretivo, anotando-se em seguida o número do presente Auto de Infração. Aí está, decerto, a razão das incongruências apontadas, sendo evidente que o fiscal se manifestou, nestes autos, sobre fatos verificados em outro processo.
  - é inútil a realização de diligência, haja vista que o procedimento fiscal não tem como subsistir na forma como foi conduzido;
  - apesar de a defesa não ter questionado esse vício, especificamente, mas tendo em vista que se trata de aspecto concernente à estrita legalidade tributária, sendo, portanto, matéria de interesse público, tem o dever de submeter a questão à apreciação da Junta.
  - os papéis anexos, intitulados “Termo de Apreensão”, não constituem um Termo de Apreensão válido e eficaz, pois não documentam a apreensão de coisa alguma, haja vista que não contêm a assinatura do detentor da mercadoria, nem do depositário.
  - há, um vício de forma no procedimento fiscal. Esse vício implica ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório. A finalidade do Termo de Apreensão não é “prender” a mercadoria. Sua finalidade é documentar o fato;
  - no caso presente, houve prejuízo jurídico de monta, haja vista que, nos termos do art. 945 do RICMS, é através do Termo de Apreensão que se constitui a prova da materialidade do fato. Conseqüentemente, sem o Termo de Apreensão, não há prova da infração. Não pode haver prejuízo jurídico maior do que uma acusação sem prova.

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

Conclui pela Nulidade do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00 a 2ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Intimado da referida Decisão, o recorrido não apresentou Recurso Voluntário.

## VOTO

Após análise dos autos, verifico que a Decisão da 2ª JJF ao julgar Nulo o Auto de Infração deve ser mantida.

Isto porque, há vício grave, no que concerne ao Termo de Apreensão. Como bem ressaltou a Decisão recorrida, não consta, neste quais as mercadorias que teriam sido apreendidas. No campo “Relação das Mercadorias Apreendidas”, consta apenas que se trata de medicamentos da marca EMS, “conforme planilha anexa”.

No campo “Termo de Depósito”, do “Termo de Apreensão”, consta que as mercadorias apreendidas se encontrariam sob a guarda e responsabilidade de Vitofarma Comércio e Representação Ltda. No entanto, o Termo de Depósito não está assinado pelo pseudo-depositário.

Segundo o aludido “Termo de Depósito”, as mercadorias teriam sido apreendidas “conforme discriminação acima”. A referida “discriminação acima” não contém discriminação alguma, apenas é dito que as mercadorias seriam medicamentos da marca EMS, “conforme planilha anexa”. Se as tais “planilhas anexas” são as constantes às fls. 6/8, 15, 22/24 e 31, cumpre notar que não foram também assinadas pelo sujeito passivo. Tais planilhas, por conseguinte, não podem atribuir ao contribuinte a condição de “fiel depositário”.

Enfim, os papéis anexos, intitulados “Termo de Apreensão”, não constituem um Termo de Apreensão válido e eficaz, pois não documentam a apreensão de coisa alguma, haja vista que não contêm a assinatura do detentor da mercadoria, nem do depositário.

Não bastasse isto, as informações prestadas pelo autuante não guardam relação com a presente autuação.

Assim, tendo em vista a ausência da prova da materialidade do fato, através do Termo de Apreensão, e, por conseguinte da infração, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter na íntegra a Decisão recorrida que julgou NULO o presente Auto de Infração.

Por fim, recomendo que a repartição fiscal examine se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida julgou NULO o Auto de Infração nº 088989.0911/05-6, lavrado contra **VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA. (VITÓRIA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS