

A. I. Nº - 140777.0156/03-5
AUTUADO - COREMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - WILSON FIGUEIREDO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 08.08.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF 0223-02/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. TERMO DE APREENSÃO INEFICAZ. FALTA DE LIQUIDEZ DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. A autuação, efetuada pela fiscalização de mercadorias em trânsito, baseia-se em Termo de Apreensão ineficaz, por terem sido apreendidas mercadorias que não mais se encontravam em trânsito, uma vez que as mercadorias haviam transitado meses antes da data constante no Termo de Apreensão. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 05/06/2006, exige imposto no valor de R\$353.820,71, em decorrência da falta de recolhimento de ICMS no desembarço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia.

Consta da descrição dos fatos que o autuado deixou de recolher o ICMS do desembarço aduaneiro referente a importação de 02 (dois) propulsores para embarcação marítima – novo – mod. Z-SRP 1010FP, tudo conforme consta da declaração de importação – DI nº 05/0195335-0 com data de registro de 24/02/2006. A mercadoria não está apreendida em cumprimento a liminar concedida pelo Mandado de Segurança processo nº 646032-3/2005 concedida pela 3ª Vara Fazenda Pública – Comarca de Salvador. O presente Termo visa resguardar a Fazenda Pública da exigibilidade futura do ICMS devido. Mercadoria não apreendida.

Consta ainda que, em atendimento ao artigo 21 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, este processo substitui o Termo de Apreensão de nº 140777.0134/04-0 – Auto de Infração nº 140777.0138/04-5 salvo da falha de que o lançamento do tributo ocorreu no prazo de 20 (vinte) dias da intimação da solução da consulta formulada conforme preceitua o artigo 62, inciso III, que levou ao julgamento nulo pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual. A consulta formulada pelo contribuinte, Parecer nº 1105/2005, anexada em sua defesa às folhas 60 do PAF anterior, atesta que esta operação deve ser tributada normalmente na forma prevista na Legislação Estadual. O contribuinte também atesta este conhecimento às folhas 4 do seu instrumento de defesa (fl. 33 do PAF).

O autuado apresentou defesa, fls. 20 a 43, mediante advogado legalmente constituído, impugnando o lançamento tributário argüindo nulidade argumentando que o Auto de Infração foi lavrado em substituição ao de número 140777.0138/04-5, julgado nulo pela 1ª Câmara de Julgamento, porém, ao tentar corrigir os vícios do procedimento anterior incorreu a administração em uma série de irregularidades, as quais acarretam a nulidade de todo o procedimento: por ausência de requisitos essenciais; falta de prova da infração e por decurso de prazo.

Em relação a ausência de requisitos essenciais, aduz que recebeu em seu estabelecimento no último dia 31/01/2007 intimação referente ao Auto de Infração em lide, com data de lavratura em 05/06/2006. Ocorre que, ao verificar o Auto de Infração deparou-se, para sua surpresa, com o Auto

de Infração anterior, já julgado nulo. Entretanto, procurou a Inspetoria de Simões Filho para obter uma cópia do Auto de Infração em lide.

Aduz flagrante cerceamento do direito de defesa provocado pela falta de entrega dos documentos essenciais para provar a prática da infração, a teor do que dispõe o artigo 28, § 4º do RPAF/Ba., o qual transcreveu. Destaca que não obstante constar da cópia da peça acusatória o número do TAO – Termo de Apreensão e Ocorrências, o mesmo não foi entregue à impugnante, e esta somente recebeu a cópia do Termo de Liberação o qual, vale frisar, não contém a assinatura do sujeito passivo, sendo inócuo já que não houve apreensão de mercadorias e o bem foi desembaraçado há mais de um ano.

Frisa que o RICMS do Estado da Bahia estabelece no artigo 945 que o termo de apreensão se presta a apreender mercadorias como prova da materialidade da infração. O caso presente, há muito a mercadoria foi desembaraçada e entregue a impugnante, sendo, portanto, indevida a lavratura do Termo de Apreensão, ainda mais quando o termo não é efetivamente lavrado contendo os elementos exigidos pela legislação, constando apenas um número do suposto termo para cumprir formalidade.

Aduz que o procedimento correto seria a fiscalização no estabelecimento do impugnante com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, o que também não ocorreu, transcrevendo a Ementa do Acórdão JJF nº 0351-01/02, sobre o tema.

Salienta que a obrigação da lavratura do Termo de Início de Fiscalização está prevista no artigo 28 do RPAF, o qual transcreveu, sendo uma garantia do contribuinte que tem o direito de saber que está sendo fiscalizado. Não tendo sido lavrado o Termo de Início de Fiscalização, ou se o foi, não foi entregue ao contribuinte, o que equivale a não ter sido lavrado, inquinado de nulidade está o procedimento desde a sua origem, por cerceamento do direito de defesa do contribuinte, transcrevendo Ementas CJF nº 0310-12/02, JJF nº 0219-01/02, JJF nº 1090/00.

No tocante a falta de prova da infração, ressalta que a falta de elementos essenciais de validade do procedimento acarreta, ainda, a nulidade do procedimento por ausência de prova da infração.

Observa que consta no Auto de Infração que o mesmo foi lavrado no dia 05/06/2006 no Posto Fiscal da Codeba. Contudo, o procedimento escolhido pelo fiscal foi equivocado, vez que, como a mercadoria não estava em trânsito no dia 05/06/2006, este deveria ter se dirigido ao estabelecimento da empresa e lavrado o termo de início de fiscalização. Como não o fez e sendo o termo de apreensão nulo, não há como provar a ocorrência da infração, restando inválido o procedimento conforme artigo 18, IV, do PRAF/99.

Relativamente a argüição de nulidade por decorso de prazo, destaca que o RPAF estabelece no artigo 28, VII que a autoridade administrativa deverá documentar o encerramento do procedimento fiscal, colhendo a assinatura do contribuinte no instrumento ou mediante recibo. Determina, ainda, que o procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo máximo de 90 dias, transcrevendo o dispositivo. Assim, o auditor deve documentar o encerramento do procedimento de fiscalização, sendo elemento essencial a intimação do contribuinte, o procedimento somente se encerra com a intimação do sujeito passivo, devendo este encerramento ocorrer 90 dias após o inicio da fiscalização. No caso presente, embora o Auto de Infração tenha sido lavrado em 05/06/2006, o contribuinte, somente tomou ciência de sua existência em 31/01/2007, muito além do 90 dias exigidos na legislação.

No mérito, aduz que a empresa autuada exerce a atividade de estaleiro naval há trinta e sete anos, voltada para construção e reparo de embarcações até duas mil toneladas. Que é responsável pela geração de 500 postos de trabalho, seja direta ou indiretamente. Afirma que, se valendo de sua experiência, firmou contrato para construir, converter e jumbarizar um rebocador. Para tanto,

importou os dois propulsores, que foram os relacionados na autuação. Informa que esses equipamentos são fabricados apenas na Suécia, inexistindo similar nacional.

Frisa que o Estado da Bahia concedeu isenção nas saídas das embarcações construídas, mas não o fez, pelo menos de forma expressa, na importação das partes e equipamentos necessários à construção, modernização e conversão de embarcações.

Diz que a impugnante formulou consulta acerca do presente caso, tendo recebido resposta negativa no sentido de que não goza da isenção para a importação das peças objeto da autuação. Entende que houve equívoco na referida resposta, diante do relatório contido no parecer da consulta que a impugnante, indústria naval, importou peças necessárias para proceder a reconstrução de um rebocador.

Reitera que se prevalecer a pretensão do fisco baiano de exigir o ICMS sobre a importação das peças para aplicação no rebocador, a impugnante estará sendo compelida a pagar o imposto sem o direito de se compensar do crédito gerado, violando-se assim toda a sistemática do ICMS. Insiste que por essa razão, está evidenciada a ilegalidade da autuação. Afirma que o ICMS é imposto incidente sobre o consumo e não sobre a produção, como é a hipótese em exame. Comenta sobre a não-cumulatividade no ICMS para concluir que a exigência é descabida.

Ao final, requer a nulidade da autuação e, acaso vencida a preliminar argüida, pugna pela improcedência do lançamento.

O autuante, em informação fiscal às folhas 75 a 78 dos autos, rebate as razões defensivas com o argumento de que é pacífico no CONSEF o entendimento que liminar em mandado de segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário, não obstante a constituição do crédito tributário.

Frisa que a importação efetuada pelo autuado configura hipótese de incidência do ICMS, cabendo o recolhimento no momento do desembarque aduaneiro, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, por pessoa física ou jurídica, mesmo que não seja contribuinte habitual do imposto.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

Em nova manifestação, folhas 87 a 89, o autuado reitera os argumentos anteriores.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência da falta de recolhimento no desembarque aduaneiro de 02 (dois) propulsores para embarcação marítima – novo – mod. Z-SRP 1010FP, consta da Declaração de Importação – DI nº 05/0195335-0 com data de registro de 24/02/2006, mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

Conta ainda da acusação que, em atendimento ao artigo 21 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, este processo substitui o Termo de Apreensão de nº 140777.0134/04-0 – Auto de Infração nº 140777.0138/04-5 salvo da falha de que o lançamento do tributo ocorreu no prazo de 20 (vinte) dias da intimação da solução da consulta formulada conforme preceitua o artigo 62, inciso III, que levou ao julgamento nulo pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual. A consulta formulada pelo contribuinte, parecer 1105/2005, anexada em sua defesa à folha 60 do PAF anterior atesta que esta operação deve ser tributada normalmente na forma prevista na Legislação Estadual.

Para embasar a ação fiscal o autuante lavrou o Termo de Apreensão e Ocorrências Nº 140777.0153/03-6, folhas 06 e 07, datado de 05/06/2006, constando a descrição das mercadorias objeto da apreensão no campo “Relação das Mercadorias Apreendidas” do referido termo. No

termo não consta assinatura do detentor das mercadorias, nem do transportador e nem das testemunhas.

Conforme Acórdão JJF N° 0094-05/05 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal o Auto de Infração anterior foi lavrado em 18/03/05, mais de um ano antes da apreensão, ou seja, a mercadoria tida com apreendida pela fiscalização de trânsito, não mais estava em trânsito.

Portanto, não resta dúvida de que, no momento da autuação, a mercadoria estava em qualquer outro local, menos em trânsito.

Como a mercadoria não mais estava em trânsito, a ação fiscal deveria ter sido desenvolvida no estabelecimento do autuado, intimando o contribuinte para apresentação dos livros e documentos fiscais, verificando-se se o autuado recolheu ou não o imposto devido, lavrando-se o respectivo Auto de Infração caso o ICMS não tivesse sido recolhido. Jamais poderia a fiscalização de trânsito asseverar que estava apreendendo uma mercadoria que estava em trânsito, quando as mesmas circularam meses antes da suposta apreensão. Ademais, no Termo de Apreensão, acostado pelo autuante para embasar a autuação, constam outras irregularidades já citadas acima, tais como: falta de assinatura do detentor das mercadorias, do transportador e na ausência dessas assinaturas deveria ter a assinatura de testemunhas, o que não foi observado pelo autuante.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base no artigo 18, IV, “a” do RPAF/99. Recomendo ao órgão competente que examine se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração n° 140777.0156/03-5, lavrado contra **COREMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**. Recomendando a renovação do procedimento fiscal a salvo falhas apontadas.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, alterado pelo Decreto n° 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA –RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR