

**A. I. N°** - 269439.0114/07-0  
**AUTUADO** - CELCINO J VIEIRA.  
**AUTUANTE** - RENATO REIS DINIZ DA SILVA  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**INTERNET** - 03.08.2007

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0232-01/07

**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 constar incorretamente à apreensão de mercadorias e documentos. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/02/2007, exige ICMS no valor de R\$ 4.498,20, acrescido de multa de 100%, em decorrência da entrega de mercadoria à destinatário diverso do indicado no documento fiscal, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências n° 269439.0114/07-0, constante às fls. 05 e 06 dos autos. Consta na descrição dos fatos que ocorreram as seguintes irregularidades: Entrega de mercadorias a destinatário diverso do constante na nota fiscal. A empresa CELCINO J. VIEIRA, emitiu a nota fiscal n° 734, no dia 27/11/2006, tendo como destinatário a empresa COMERCIAL DE MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO TRIÂNGULO LTDA, mas, a empresa destinatária declarou que as mercadorias constantes na nota fiscal n° 734, não foram pedidas e nem entregues no estabelecimento da empresa, configurando entrega de mercadorias a destinatário diverso do constante na nota fiscal. Foi feita diligência à empresa destinatária das mercadorias, e essa emitiu declaração que se encontra anexa a este Auto de Infração, que não recebeu as mercadorias, confirmando a operação como infração a legislação do ICMS do Estado do Bahia. Consta, ainda, que para a formação da base de cálculo foi utilizado o valor das mercadorias constantes na nota fiscal, acrescido do percentual de 20% de MVA.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fl. 14 a 24, alegando que a nota fiscal n° 734 foi cancelada e substituída pela nota fiscal n° 735. Deveria, portanto, o autuante ter efetuada a ação fiscal em seu estabelecimento. Se assim procedesse não apuraria a presente infração.

Reproduz o art. 2º do RPAF que garante o atendimento dos princípios da oficialidade, legalidade e verdade material, além do informalismo e da garantia de ampla defesa. Evoca o art. 112 do CTN, para lembrar que o mesmo trata do princípio do indúbio pro contribuinte.

Alega que o autuante não obedeceu aos roteiros de fiscalização, não fixando o início e o encerramento da fiscalização.

Consigna que as mercadorias constantes da nota fiscal em questão, não circularam, constatada pela declaração do destinatário e das vias no talão cancelada.

Transcreve as ementas do Acórdão JJF n° 0351-01/02 e da Resolução n° 039, para ratificar seu entendimento de que deve ser anulado o Auto de Infração quando o autuante não observar os roteiros e rotinas próprias da fiscalização de estabelecimentos.

Argüi como prejudicial de validade e eficácia da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado, requerendo que , amparado no princípio do contraditório assegurado no art. 5º, LV da

CF, que a prejudicial seja apreciada e decidida, com fundamentação própria e específica (CF/88, art. 93, IX, e inteligência do art. 5º, II, 37 “caput”, Hely Lopes Meireles, direito administrativo brasileiro, 15º ed. RT SP, 1990 ff. 78/79).

Pede a nulidade do auto de infração.

Em relação ao mérito, entende que faltou motivo ao autuante, tendo em vista que não observou o talonário fiscal, não houve saída para estabelecimento diverso, a verdadeira saída ocorreu através da nota fiscal nº 735, cabendo, se fosse o caso, apenas, penalidade de caráter formal.

Passa a fundamentar a necessidade da motivação transcrevendo citações da professora Maria Sylvia Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, assim como a professora Odete Medauar, além de transcrever trechos da publicação “Comentários ao Código Tributário Nacional” edição 1ª, pag. 386, onde afirma que a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não admitem erro de direito, apenas erro de fato para a revisão dos lançamentos de ofício.

Arremata dizendo que este CONSEF, vem decidindo neste sentido, em conformidade com o Acórdão JJF nº 312-01-03, e resolução 2381/97, que tem como relator o Conselheiro Carlos A. B. Cohim Silva.

Requer, por fim, a nulidade do Auto de Infração ou a sua improcedência.

Auditor designado, às fls. 50 a 53, alega que não há motivo visível para o cancelamento da Nota nº 734, e substituição pela nota fiscal n. 735.

Acrescenta que as cópias das notas fiscais apresentadas pela defesa podem ser de qualquer via e não fazem prova do alegado.

Afirma que todos os campos das duas notas são idênticos: as mercadorias, o peso o endereço e os valores e que o destinatário declara não ter recebido as mercadorias da primeira nota.

Argumenta que não há motivação para o cancelamento, conforme previsto no art. 210 do RICMS/BA, posto que este dispositivo exige que a motivação seja declarada tanto no documento como em livro fiscal próprio.

Entende que certamente o remetente se utilizou da Nota Fiscal nº 734 para dar trânsito a mercadoria a outro comprador próximo à sua região e quando retornou cancelou o documento.

Consigna que o destinatário nega o recebimento das mercadorias na data de 17/01/2007, quase dois meses após a emissão da primeira nota, entretanto, já havia confirmado o recebimento da nota nº 735. Entende ter havido conluio.

Diz que não pode acatar a arguição de nulidade, pois a ação fiscal se iniciou pela lavratura do Termo de Apreensão conforme art. 28, inciso IV, do RPAF.

Afirma que certamente o documento circulou, pois foi detectado no trânsito de mercadorias, e, nos termos do artigo 210, do RICMS/BA, não seria passível de cancelamento.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela Fiscalização de Trânsito, sob a alegação da entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal.

O Termo de Apreensão e Ocorrências, indica na descrição dos fatos que, *“no dia e local acima indicados ocorreram as seguintes irregularidades: Entrega de mercadorias a destinatário diverso do constante na nota fiscal. A empresa CELCINO J. VIEIRA, emitiu a nota fiscal n. 734, no dia 27/11/2006, tendo como destinatário a empresa COMERCIAL DE MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO TRIANGULO LTDA, mas, a empresa destinatária declarou que as mercadorias constantes na nota fiscal n. 734, não foram pedidas e nem entregues no estabelecimento da empresa, configurando entrega de mercadorias a destinatário diverso do constante na nota fiscal. Foi feita diligência à*

*empresa destinatária das mercadorias e esta, emitiu declaração, que se encontra anexa a este Auto de Infração, que não recebeu as mercadorias, configurando a operação como infração a legislação do ICMS do estado da Bahia.”*

Em primeiro plano não há como afirmar, como diz o referido termo, que a entrega a destinatário diverso das mercadorias constante da Nota Fiscal nº 734, emitida em 27/11/2006, foi efetuada na data da lavratura do presente Termo de Apreensão e Ocorrência. Além do mais as mercadorias, constantes do referido Termo de Apreensão e Ocorrências não foram apreendidas, como indica que foram, nem no momento da lavratura do referido termo (09/02/2007) ou em outro momento qualquer. Assim como não se sabe como foi apreendida a nota fiscal nº 734, em que momento e em que circunstâncias e com quem estava a referida nota no momento que foi apreendida.

O Termo de Apreensão sob análise não está assinado pelo autuado, representante legal ou preposto, não havendo a razão de sua recusa, ou mais, não havendo a assinatura das duas testemunhas conforme determina o §2º do art. 940 do RICMS/BA.

Toda a ação fiscal foi amparada na declaração do destinatário de que não recebeu as mercadorias constantes da nota fiscal nº 734, emitida em 27/11/2006, não havendo apreensão das mercadorias nela relacionadas ou do próprio documento fiscal no momento da circulação, conforme indica equivocadamente o Termo de Apreensão e Ocorrências.

O Termo de Apreensão não é apenas um instrumento formal, emitido “só para constar”. Ao contrário, constitui um documento que deve refletir a verdade dos fatos ocorridos. Amparado no qual deve ser lavrado o Auto de Infração. A mercadoria a ser apreendida tem de ser aquela que, fisicamente, é encontrada no exato momento da ação fiscal, assim como deve constar no referido termo, em relação ao documento fiscal, a real circunstância e momento em que foi apreendido.

Diante do exposto, voto pela Nulidade do presente auto de infração.

Amparado no art. 21 do RPAF/BA, recomendo a Infaz de origem a repetição dos atos, através de nova ação fiscal no estabelecimento do autuado, a salvo de falhas.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 269439.0114/07-0, lavrado contra **CELCINO J. VIEIRA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR