

A. I. Nº - 299166.0285/07-1  
**AUTUADO** - COMÉRCIO ATACADISTA DE BEBIDAS E ALIMENTOS GRS GONÇALVES LTDA.  
**AUTUANTE** - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 17.10.2007

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0296-02/07**

**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 após lavratura do Auto de Infração. Auto de Infração NULO. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 04/06/2007, exige ICMS no valor de R\$68.755,68, decorrente da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS/BA adquiridas para comercialização, procedente de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado.

O autuado, às folhas 17/22, impugnou o lançamento tributário, preliminarmente requerendo a nulidade da autuação por entender que a acusação está repleta de falhas, as quais passo a apontar:

- 1- Indicação incompleta da razão social;
- 2- Indicação no campo da infração de que as mercadorias estão elencadas no Anexo 88 do RICMS/BA Questionando, “que anexo é este ? Anexo ao que. Se estiver referindo-se ao Auto de Infração, isto significa que este possui outros 87 anexos, todos não apresentados.”
- 3- Que as mercadorias foram adquiridas para comercialização “por contribuinte descredenciado”. Mas, não explica para que ou em relação a que encontra-se, na ótica do agente fiscal, descredenciado.
- 4- cita que a mercadoria é originária de estado não signatário, sem explicar a que isto se refere, bem como, se refere a Portaria 114/04 sem qualquer indicação.
- 5- Apesar de constar, expressamente, do Termo de Apreensão de Mercadorias e de Documentos, emitidos às 11:25h do dia 04 de junho de 2007, que “o atendimento será na Inspetoria após 24h da lavratura do deste Termo” ocasião em que, certamente, os fatos seriam esclarecidos e teria sido, com certeza, evitado a expedição desnecessária do Auto de Infração, este, o Auto de Infração, já havia sido lavrado às 11:05h do mesmo dia 04 de junho de 2007, antes, portanto, da emissão do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, evidenciando, com esse procedimento, a ânsia do agente fiscal, sem a preocupação de apurar os fatos para que, ao final, se realmente resultasse em imposto a ser exigido, em face do não pagamento na forma preconizada pela lei, que o lançamento do crédito tributário fosse efetuado, sem o açodamento descabido e injustificável presente na ação fiscal. O Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos e o Auto de Infração atestam sua irresignação e, com certeza, contra fatos concretos e documentados, não podem surgir posteriores argumentos meramente fantasiosos. Frisa que, outro fato inusitado, que, sem dúvida, desperta atenção, é que apesar do Auto de Infração ter sido expedido no dia 04/06/2007 só no dia 12/06/2007, ou seja, após 8 (oito) dias, é que foi aposto o “visto” pela autoridade fazendária, não se tendo conhecimento do ocorrido nesse lapso temporal.

6- Assevera que é ilegítima sua configuração no pólo passivo da autuação, pois a empresa remetente, uma multinacional localizada em outro estado da federação é detentora de rígidos procedimentos de controle, entrou em contato com a empresa transportadora solicitando que a referida mercadoria não fosse entregue ao destinatário constante do documento fiscal, neste caso, o autuado, por existência de erro na digitação do código do cliente, as quais deveriam ter sido faturadas para cliente distinto, ou seja, Jorge Batista & Cia. Ltda., localizado no Estado do Piauí, tudo, aqui plenamente comprovado, de forma documental, inclusive mediante declaração emitida pelo cliente de fato, localizado no Estado do Piauí.

Frisa que, na correspondência chancelada pela Empresa de Transportes Atlas, em 09 de julho de 2007, anexa a presente, está dito que “Na data de 04 de junho de 2007, às 10:44m a empresa BOEHRINGER INGELHEIM encaminhou e-mail solicitando que as mercadorias constantes das Notas Fiscais 113757 e 113758 não fossem entregues ao destinatário”. Destaca que a transportadora, acrescenta que, “No entanto as mercadorias constantes das Notas Fiscais acima já se encontravam em nosso terminal da filial Salvador onde foram autuadas nesta mesma data, ocorrendo retenção dos documentos fiscais e mercadorias, ficando nossa empresa como fiel depositária”.

Salienta que a cópia do instrumento intitulado “Consulta de Carga”, também anexo, de uso exclusivo da empresa transportadora, contém a previsão da chegada da mercadoria para 05:00h do dia 04/06/2007 e indica que não houve a entrega ao destinatário. De igual modo, as diversas correspondências mantidas via e-mail entre o remetente das mercadorias e a empresa transportadora, cujas cópias estamos acostando aos autos, comprovam que à operação não se verificou e que está aguardando, tão somente, a liberação das mercadorias pela SEFAZ para que seja efetivada a devolução.

Resume que, a mercadoria indicada na Nota Fiscal nº 113757 e, também na de nº 113758 não citada pelo autuante, não deveria ter sido enviada para o autuado, pois não houve pedido feito por nós e sim de outro cliente do remetente.

Prosseguindo, destaca que a mercadoria indicada na Nota Fiscal nº 113757, única constante do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, foi apreendida no depósito da Transportadora Atlas, o qual foi assinado por funcionário da própria transportadora, nomeada para guarda e responsabilidade das mercadorias, as quais, continuam apreendidas, entendendo ser uma prova de que a mercadoria não lhe pertence, pois, se assim, fosse, teria sido nomeado como depositário. Outro fato destacado pelo autuado, é que consta no documento fiscal que o vencimento da fatura ocorreu no dia 05/06/2007, porém, jamais efetuou tal pagamento e não existe qualquer reclamação do remetente neste sentido.

7- Alega falta de demonstração do valor da base de cálculo, pois no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 142496 indica que “refere-se diversos medicamentos constantes da NF 113757”, entretanto não indica o valor, porém, consta no corpo do auto de Infração, sem demonstrar como se chegou a tal valor, a base de cálculo na quantia de R\$493.740,00 enquanto o valor da mercadoria constante na nota fiscal é de R\$119.600,00, significando um acréscimo na ordem de 413% sem qualquer demonstração e de respaldo legal.

Conclui as preliminares, reiterando seu pedido de nulidade.

No mérito, diz que, em sua visão não resta qualquer dúvida quanto a decretação da nulidade do Auto de Infração, porém, provará a seguir que é flagrante sua improcedência.

Aduz que, em primeiro lugar, o imposto jamais poderia ter sido pago pelo autuado “na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso” já que desconhecia totalmente a operação. Em segundo lugar, porque a apreensão da mercadoria ocorreu no depósito da empresa

transportadora, sem que tivesse conhecimento do fato, somente no dia 28 de junho foi que a SEFAZ, efetivamente, nos notificou da existência do Auto de Infração.

Argumenta que, considerando que a operação não se concretizou pois, não ocorreu a entrega da mercadoria ao destinatário e este não efetuou o pedido e nem autorizou ou solicitou a remessa da mercadoria, a qual continua sob a guarda da empresa transportadora para devolução do remetente, não há como se acusar o autuado de falta de pagamento de imposto por antecipação tributária já que não haveria, por parte do autuado, futura comercialização. Frisa que sequer a 1<sup>a</sup> via da Nota Fiscal nº 113757 se encontra em seu poder e também não solicitou liberação da mercadoria apreendida.

Observa que apenas recebeu uma cópia da nota fiscal, se a 1<sup>a</sup> via estivesse juntada ao Auto de Infração, feriria a regra estabelecida no § 3º do artigo 947 do RICMS/97, que reza que a apreensão de documentos fiscal só se admite até a conclusão do procedimento fiscal, evitando com isso, dissabores e contratemplos diversos aos interessados, já que, na presente situação, para que se possa proceder a devolução da mercadoria se necessita da nota fiscal originária.

Ao finalizar, requer nulidade ou, de forma que entende ser mais apropriada, a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, folha 44, o autuante contesta os argumentos defensivos, esclarecendo que:

1- O Auto de Infração foi lavrado utilizando o SEAIT - Sistema de Emissão de Auto de Infração no Trânsito de Mercadorias, que é um sistema informatizado com preenchimento automático de vários “campos”;

2- Em relação a indicação incompleta da razão social do autuado, diz que tal fato deve-se a limitação da quantidade de caracteres impressos no campo correspondente do Auto de Infração lavrado;

3- Quanto ao Anexo 88 do RICMS/BA, trata-se de uma dos Anexos do RICMS do Estado da Bahia, onde estão elencados os produtos sujeitos à substituição tributária por antecipação;

4- No tocante ao descredenciamento do autuado, aduz que é condição prevista na Portaria 114/04 citada no campo “enquadramento” do Auto de Infração para contribuintes que adquiriram produtos elencados no Anexo Único daquela Portaria sem possuir Autorização Especial para pagamento posterior a entrada das mercadorias. O Estado do remetente das mercadorias denunciou o Convênio ICMS 76/94, que trata da substituição tributária de produtos farmacêuticos, tornando-se assim não signatário do referido Convênio. Os produtos farmacêuticos apreendidos estão elencados no Anexo Único da Portaria 114/04;

5- O SEAIT preenche o campo “dados da lavratura – hora” com a hora constante no relógio interno do computador que foi usado para emissão do Auto de Infração, o qual certamente o relógio interno estava atrasado;

6- O prazo de 8 (oito) dias entre a data de lavratura e o visto do supervisor é plenamente admitido no RPAF, não cabendo as alegações defensivas.

7- A base de cálculo está demonstrada no formulário “Memória de cálculo”, folha 10, onde utilizou os Preços Máximos a Consumidor (PMC) indicados nas Notas Fiscais nºs 113757 e 113758, como determina o artigo 61 do RICMS/97;

8- O depositário das mercadorias apreendidas é indicado pelo fiscal que promoveu a ação fiscal, geralmente indica-se a empresa transportadora.

Ressalta que todas as correspondências apresentadas pelo autuado, folhas 26 a 34, são de datas posteriores à data de lavratura do Termo de Apreensão, quando se iniciou a ação fiscal, não sendo possível aceita-las como prova de que houve um simples equívoco da indicação do

destinatário nas notas fiscais. Entende que a “circulação física e financeira das mercadorias”, comprovados pelas emissões das Notas Fiscais nºs 113757 e 113758 e do CTRC nº 127723, estando caracterizada a operação prevista a legislação para recolhimento do imposto, podendo o autuado pedir resarcimento aos responsáveis pelo equívoco alegado, inclusive em relação ao imposto exigido e possível devolução das mercadorias, sendo tal entendimento semelhante ao da 3ª JJF deste Conselho no julgamento em unanimidade da procedência do Auto de Infração nº 299166.0188/07-7, em 04/07/07, conforme acórdão JJF nº 0215-03/07.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

#### VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS/BA adquiridas para comercialização, procedente de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado.

Para embasar a ação fiscal o autuante lavrou o Termo de Apreensão e Ocorrências às 11:25h.

A apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

Entretanto, o Auto de Infração já havia sido lavrado, às 11:05h, vinte minutos antes do Termo de Apreensão e Ocorrências.

Logo, no momento da lavratura do Auto de Infração pela fiscalização de trânsito de mercadorias não existia Termo de Apreensão para embasar a autuação.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração. Recomendo ao órgão competente que examine se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento.

#### VOTO DISCORDANTE

Concordo plenamente com o voto do nobre relator quanto à nulidade do procedimento fiscal, em face das razões aduzidas por ele.

No entanto, com fundamento no princípio da economia processual, entendo que se deva apreciar o mérito da lide, pois estou convencido de que o imposto lançado é indevido.

O advogado do autuado trouxe à sessão de julgamento a funcionária que cometeu o erro que causou todo esse problema. As explicações dadas pela funcionária convenceram-me de que houve realmente um erro procedural, ocasionando a circulação física das mercadorias com destino a uma empresa situada na Bahia, que não fez o pedido, pois na verdade as mercadorias deveriam ter sido enviadas para Teresina. Ou seja, houve uma mera circulação física, sem a existência de uma operação mercantil entre o remetente e o destinatário, pois o comprador foi outro.

As explicações dadas pela funcionária da empresa autuada na sessão de julgamento são as seguintes: ela atende a vários clientes, diariamente; cada cliente tem um código; por razões que não tem como justificar, não notou na tela do computador que havia digitado um código errado; o nome do cliente só aparece na primeira tela; inadvertidamente, passou para a tela seguinte, para preenchimento dos outros dados; resultado, a Nota Fiscal foi impressa com os dados de um cliente da Bahia, quando deveria indicar um cliente de Teresina; não houve checagem por parte dos demais setores, inclusive do setor de expedição, pois ambos os clientes, tanto o da Bahia como o de Teresina, são clientes habituais, com cadastros previamente aprovados, não havendo nenhuma investigação ou análise para aprovação da venda; o erro só foi notado depois; foi expedida ordem para que a transportadora não efetuasse o transporte, mas as mercadorias já tinham sido despachadas.

Existem coisas que não há como registrar no papel. Porém, ouvindo com atenção e respeito as explicações prestadas pela funcionária da empresa autuada, me convenci de que ela fala a verdade, dada a firmeza do seu depoimento e as circunstâncias materiais do fato.

Chamo a atenção para as cópias das correspondências acostadas aos autos. Empresas como a Boehringer Ingelheim e a Atlas não se prestariam, seguramente, a encenações inconseqüentes em virtude dos valores envolvidos nestes autos. Foi juntada declaração firmada pela empresa Jorge Batista & Cia Ltda., de Teresina, Piauí, afirmando que foi ela quem fez o pedido das mercadorias em questão.

Reafirmo, por esses elementos, minha convicção de que as mercadorias não haviam sido solicitadas pela empresa autuada. Assim, se juridicamente não houve a operação, não há razão para se pretender cobrar o imposto que seria devido por antecipação.

Entendo que o Estado não pode ser prevalecer de um equívoco humano, fenômeno natural e compreensível, para querer cobrar imposto indevido, de uma empresa que já paga os seus tributos rotineiramente. Erro pode ser fato gerador de qualquer coisa, menos de tributo.

Já que, no meu entender, a autuação é improcedente, caberá à repartição fiscal visar a Nota Fiscal que venha a ser emitida em nome do estabelecimento situado no Piauí, ou em nome de outra empresa qualquer, inclusive do próprio autuado, já agora em função de outra operação, já que na situação de que cuidam estes autos operação não houve, mas sim a mera circulação física das mercadorias, e, como é sabido por todos, o ICMS tem como fato gerador a existência de uma operação mercantil, e não a pura e simples circulação de mercadorias sem uma operação mercantil subjacente.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 299166.0285/07-1, lavrado contra **COMÉRCIO ATACADISTA DE BEBIDAS E ALIMENTOS GRS GONÇALVES LTDA**.

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 nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE