

A. I. N°. - 233166.0028/07-7  
AUTUADO - PASSOS SOUZA DISTRIBUIDORA LTDA.  
AUTUANTE - MOISÉS PEREIRA CORDEIRO  
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE  
INTERNET - 30. 04. 2008

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0129-01/08**

**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 se referir a irregularidade diversa daquela apontada no Auto de Infração. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 20/09/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 10.489,21, acrescido da multa de 100%, em decorrência de divergências entre os documentos fiscais e as mercadorias neles discriminadas, constatadas durante a contagem física, em conformidade com o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 0010/2007 e anexo (fls. 05 a 08).

Consta no campo “Descrição dos Fatos” que as mercadorias relacionadas no citado termo de apreensão foram encontradas sendo transportadas no caminhão de placas JQV-9704, que trafegava pela BR 116 Norte, no sentido Serrinha/Salvador, acobertadas pelas Notas Fiscais de nºs 023665 e 023737, emitidas em Simões Filho e destinadas a Salvador, e as de nºs 013727 e 013951, emitidas em Salvador e destinadas a Salvador. Além das divergências referentes à origem e destino das notas fiscais e das mercadorias, existiam também grandes divergências entre as quantidades das mercadorias contidas nas notas fiscais e as quantidades encontradas fisicamente no veículo transportador.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 33 a 41, alegando que o Auto de Infração imputa a ocorrência do transporte de mercadorias acobertadas por notas fiscais inidôneas, de forma diversa do motivo determinante da apreensão, qual seja o trânsito de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, conforme consta do Termo de Apreensão nº 0010/2007.

Argúi que havendo clara divergência entre os fatos descritos pelo autuante e aqueles apontados pelo fiscal responsável pela apreensão, o autuado não sabe de qual infração deve se defender, considerando que não foi observado o devido processo legal.

Salienta que de qualquer forma a acusação de que as mercadorias se encontravam acompanhadas de documentos inidôneos não procede, uma vez que os documentos fiscais estão revestidos de todas as formalidades legais, conforme prescreve o art. 209 do RICMS/BA. Da mesma forma, não tem pertinência a exigência constante do Termo de Apreensão, pois as mercadorias constantes das notas fiscais representavam quantidades superiores àquelas lançadas no referido termo, estando, portanto, acompanhadas de documentos fiscais.

Transcrevendo o art. 2º do RPAF/99, ressalta que o legislador baiano buscou assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal. Assevera que não podem ser esquecidos os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Salienta, ademais, que o art. 112 do CTN [Código Tributário Nacional], ao procurar proteger o direito

do contribuinte, estabeleceu o princípio do *in dubio pro contribuinte*, o que significa que no julgamento do Auto de Infração deve ser verificada a real existência do fato gerador.

Afiança que a divergência existente entre as descrições dos fatos apresentadas no Termo de Apreensão e no Auto de Infração demonstra a falta de certeza do lançamento do crédito tributário por parte dos prepostos fiscais. Nesse sentido, transcreve as ementas concernentes ao Acórdão JJF nº. 0049-01/06 e às Resoluções de nº.s 0691/97, 2133/98 e 0503/99, todas emanadas deste Conselho de Fazenda, cujos julgamentos resultaram na nulidade dos lançamentos, em decorrência da existência de contradição entre os fatos narrados no Auto de Infração e no Termo de Apreensão ou de Fiscalização.

Enfatiza que de forma contrária ao que afirmou o autuante, as notas fiscais não são inidôneas, tendo em vista que para serem consideradas como tal, deveriam estar em desacordo com o prescrito no art. 209 do RICMS/BA, que transcreveu. Alega que as notas fiscais que acobertavam o trânsito das mercadorias não infringiram os incisos IV e VI do referido artigo, desde quando não contêm declarações inexatas, não estão preenchidas de forma ilegível nem contêm rasuras ou emendas que lhes prejudique a clareza.

Argumenta que de forma contrária, os documentos fiscais estão revestidos das formalidades exigidas pelo RICMS/BA e não foram utilizados com o intuito de fraude, já que os fiscais não comprovaram essa intenção. Esclarece que adquiriu whisky através da Nota Fiscal nº. 023737, tendo revendido parte dessa mercadoria para a festa de vaquejada em Serrinha, através da Nota Fiscal nº 013951, retornando a outra parte não revendida. Fato similar ocorreu com a mercadoria vodka, através das Notas Fiscais de nº.s 023665 e 013727. Observa que essas operações estão totalmente regulares, desde quando as notas fiscais referidas estão lançadas no livro Registro de Saídas (Doc. 06 - fl. 59), enquanto que as Notas Fiscais de nº.s 23936, 23662, 23663 e 23853 (Doc. 08 – fls. 65 a 68), relativas ao retorno parcial das mercadorias não comercializadas, estão consignadas no livro Registro de Entradas (Doc. 07 - fls. 61 a 63).

Prosegue, afirmando que não se pode falar em intuito de fraude para caracterizar que as notas fiscais são inidôneas, haja vista que o ICMS devido pela comercialização de mercadorias é recolhido ao final do período de apuração, isto é, após o final do mês. Argui que o CONSEF vem decidindo dessa forma, a exemplo dos transcritos Acórdãos concernentes às Resoluções de nº.s 2629/98, 1839/97, 0509/97 e 0421/97, que apontam para a improcedência de autuações, devido à falta de comprovação da acusação de que as mercadorias se encontravam acompanhadas de notas fiscais inidôneas.

Requer que seja declarada a total nulidade do Auto de Infração.

O autuante, através da informação fiscal prestada às fls. 71/72, contestou a alegação de nulidade da autuação apresentada pela defesa, salientando que a sugerida divergência entre o Termo de Apreensão e o Auto de Infração é sanada pelo Anexo ao Termo de Apreensão, constante à fl. 08, que sempre esteve à disposição do autuado. Quanto à não aceitação da inidoneidade atribuída às notas fiscais apresentadas, tece comentários a respeito de cada um dos documentos em separado.

1 – A Nota Fiscal nº. 23665 (fl. 09), que foi emitida em Simões Filho com destino a Serrinha, se refere a 6.000 unidades de vodka Smirnoff de 350ml; enquanto isso, no veículo foram encontradas 267 caixas com 12 unidades cada, perfazendo o total de 3.204 unidades dessa mercadoria, que eram transportadas de Serrinha para Salvador, resultando em divergência na quantidade e quanto à origem/destino, o que significa ter ocorrido declaração inexata: art. 209, inciso IV do RICMS/97.

2 - A Nota Fiscal nº. 23737 (fl. 10), que foi emitida em Simões Filho para Salvador, refere-se a 240 litros de whisky J Walker e 840 litros de whisky Bells; já no veículo foram encontradas 13 litros de whisky J Walker e 72 litros de whisky Bells, que eram transportadas de Serrinha para Salvador, divergindo nas quantidades e quanto à origem/destino, o que significa ter ocorrido declaração inexata: art. 209, inciso IV do RICMS/97.

3 - A Nota Fiscal nº. 13727 (fl. 12), que foi emitida pelo autuado de Salvador para Salvador, corresponde a 200 caixas com 12 unidades de Smirnoff Ice 350ml, totalizando 2.400 unidades, além de 240 unidades de vodka Smirnoff. Essa nota fiscal fora apresentada na passagem pelo Posto Fiscal Ângelo Calmon, localizado na Rodovia Feira de Santana/Serrinha (conforme carimbo nº. 019), porém também não guarda identificação com a carga encontrada no caminhão, em relação às quantidades e quanto à origem/destino.

4 - A Nota Fiscal nº. 13951 (fls. 13 a 15) em três vias, foi emitida pelo autuado de Salvador para Salvador, se refere a 240 litros de whisky J Walker e a 840 litros de whisky Bells, de forma isolada ou em conjunto com as demais notas fiscais, diverge na quantidade e quanto à origem/destino.

5 - Como se verifica às fls. 16/17 (nota fiscal cancelada pelo fisco), no momento da abordagem fiscal, o autuado portava um talonário de notas fiscais e poderia, se assim o desejasse, regularizar a mercadoria transportada, bastando, para isso, se a aquisição estivesse regular, emitir nota fiscal de Salvador para Serrinha e em relação ao estoque remanescente emitir nota fiscal de entrada para acobertar o retorno da mercadoria para Salvador.

Conclui, mantendo a ação fiscal, tendo em vista que o autuado foi encontrado transportando mercadorias acobertadas por notas fiscais, cujas quantidades e indicação de origem e destino divergiam do conteúdo, assim como em relação à procedência e destino das mercadorias transportadas. Sugere que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

## VOTO

No caso em tela, está sendo cobrado ICMS relativo ao transporte de mercadorias (bebidas alcoólicas) que estavam sendo transportadas acompanhadas por documentação fiscal tida como inidônea.

Vejo que o autuado suscitou a nulidade da autuação, argüindo a existência de divergência entre os fatos narrados no Auto de Infração e no Termo de Apreensão que lhe deu suporte, resultando, a seu ver, em falta de certeza do lançamento do crédito tributário.

Observo, efetivamente, que a ação fiscal contém falhas formais, que se mostram insanáveis. No Termo de Apreensão que serviu de base para a lavratura do Auto de Infração consta a informação de que o motivo ensejador da ação fiscal consistiu no transporte de “*mercadorias desacobertadas de documento fiscal, transitando no veículo de placa JQV9704...*”. Verifico que esse termo foi emitido em 11/09/2007, constando a assinatura do preposto fiscal responsável pelo procedimento, do motorista do caminhão transportador e do preposto autorizado pelo autuado a representá-lo.

Por outro lado, no Auto de Infração, lavrado em 20/09/2007, a acusação se refere a “*divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física.*” Acrescenta-se: “*Conforme descrito no Termo de Apreensão pré-impresso e no Anexo ao Termo de Apreensão pré-impresso, nº. 0010/2007, anexos.*”

Ao contestar o pedido de nulidade, o autuante alegou que “*tal dúvida é sanada pelo Anexo ao Termo de Apreensão, às fls. 08, que esteve todo o tempo à disposição da autuada.*”

Considerando que o Auto de Infração deve espelhar exatamente o que consta no correspondente termo emitido pela fiscalização, que inclusive lhe serve de suporte, não há como manter a autuação da forma como se apresenta, pois apesar de constar no Anexo ao Termo de Apreensão as informações mencionadas no corpo do Auto de Infração, uma análise do referido termo revela inexistir nesse documento a ciência do representante do autuado, como se vê no Termo de Apreensão.

Constato, assim, que o Termo de Apreensão não corresponde à realidade dos fatos, haja vista que identifica como irregularidade um fato diverso daquele apontado no Auto de Infração. Como o Termo de Apreensão não é meramente um instrumento formal, constitui-se num documento que

deve refletir a verdade e, sendo assim, os fatos narrados têm que guardar exata correspondência com a realidade apontada no Auto de Infração.

Concluo, com base no acima exposto, que o Termo de Apreensão é ineficaz, por se referir a infração diversa daquela que se verifica após a análise dos documentos anexados ao processo.

Assim, a insegurança na determinação da infração que é atribuída ao sujeito passivo, implica em ofensa ao direito do contribuinte do exercício do direito de ampla defesa, pela incerteza do que a ele esteja sendo imputado, acarretando a nulidade do Auto de Infração, como bem determina o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99 ao estabelecer:

*“Art. 18. São nulos:*

*IV - o lançamento de ofício:*

- a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”

Entendo que, desta forma, o Auto de Infração é nulo, devendo a autoridade competente determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, de acordo com o art. 21 do RPAF/99. É evidente que se o interessado na solução do caso, antes de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, se exime de sanções.

Voto pela nulidade do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 233166.0028/07-7, lavrado contra PASSOS SOUZA DISTRIBUIDORA LTDA., representando à autoridade competente para determinar a realização de nova ação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR