

A. I. Nº - 110526.0088/08-3  
AUTUADO - TONIMAR DE ARAÚJO RIBEIRO  
AUTUANTE - ANTONIO ARAÚJO AGUIAR  
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO  
INTERNET - 23. 07. 2009

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0229-01/09**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. TERMO DE APREENSÃO INEFICAZ. A autuação, efetuada pela fiscalização de trânsito, baseia-se em Termo de Apreensão ineficaz, por ter sido apreendida mercadoria diversa da que foi objeto da autuação. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 18/09/2008, exige o pagamento no valor histórico de R\$18.251,84, acrescido da multa de 60% em razão da falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra Unidade de Federação e o desembaraço aduaneiro ocorre ou não em Estado diverso de seu domicílio. Consta na descrição dos fatos: “Transito de mercadorias importadas acobertada pelas notas fiscais de nº 617 e 618, emitidas pela empresa Tonimar de Araujo Ribeiro, inscrição estadual nº 73.394.936, cuja nota fiscal de entrada nº 000015, emitida pela empresa Gama Importação e Exportação Ltda., inscrição estadual nº 241060817, CNPJ nº 05016243/0003-01, estabelecida no Estado de Alagoas, cita as Declarações de Importação nºs. 070037755-8 e 071732503-7, cujo desembaraço aduaneiro ocorreu no Estado do Rio de Janeiro. Nota-se que a destinação física das referidas mercadorias importadas é a empresa Tonimar de Araujo Ribeiro estabelecida em Salvador – BA, conforme documentos anexos. Observa-se que a emissão da NF 00015, busca configurar uma operação de simples venda interestadual, no entanto, existe um único carimbo do fisco do Rio de Janeiro, confirmado que a mercadoria foi retirada deste Estado da Federação no momento do desembaraço não seguindo até o estado importador, provando que as mercadorias foram internadas em outro estado da Federação (neste caso o Estado da Bahia). Configurando o destinatário físico divergente do estado importador.

Integram os autos: planilha “Termo de Apreensão e Ocorrências nº 110526.0013/08-3”, fls. 5 e 6, “Extrato da Declaração de Importação” fls. 7 a 14, cópias de notas fiscais, fls. 15 a 17, “Demonstrativo de Cálculos do ICMS Importação”, fls. 18 e 19, “Termo de Revelia”, fl. 27, e Comunicação de arquivamento do PAF, fl. 28.

O autuado apresenta impugnação, fls. 32 a 47, através de advogado legalmente constituído, fl. 48, justificando, inicialmente, a tempestividade de sua defesa datada de 20/10/2008, e, depois de discorrer sobre a acusação fiscal e de transcrever o teor dos dispositivos legais enquadrados no Auto de Infração, alinha os argumentos a seguir resumidos.

Em sede de preliminar, suscita a nulidade do Auto de Infração invocando o Dec. nº 70.235/72 e art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN pelo fato do valor exigido de R\$18.251,84, segundo seu entendimento, além de estar incorreto, não foi devidamente explicitada a obtenção da base de cálculo aplicada de R\$107.368,78, quando na realidade seu valor correto é de R\$87.957,28, constante no campo “Base de cálculo do ICMS Substit.” da nota fiscal nº 00015, fl. 15. Aduz, por isso, que o Auto

de Infração deve ser anulado por vício formal. Alega que, ao ser utilizada uma base de cálculo com valor expressamente diferente do constante na nota fiscal restou violado um dos pressupostos de validade para sua lavratura, que deve ser efetuada de forma clara, inteligível e correta, a fim de que o autuado possa exercer seu direito de defesa, o que não ocorreu no presente caso. Para corroborar sua tese defensiva transcreve trecho de preleção sobre a matéria de José Albuquerque Rocha e colaciona ementas de diversos acórdãos de julgamento com decisão pela nulidade por imprecisão no lançamento.

Suscita também como preliminar de nulidade a ilegitimidade passiva do Auto de Infração aduzindo que consoante previsto no Convênio ICMS nº 85/93, em se tratando de empresa comercializadora de pneumáticos, é de responsabilidade do estabelecimento importador a obrigação pela retenção e recolhimento do ICMS sobre a circulação de tais mercadorias, ou seja, a emitente da nota fiscal nº 00015, a empresa Gama Importações e Exportações Ltda.

No que diz respeito ao mérito diz que está sendo autuado pelo descumprimento de obrigação principal, ou seja, recolhimento de ICMS sobre importação, relativo a pneus procedentes do exterior que apesar de terem sido importadas pela Gama Importações e Exportações Ltda., sediada em Alagoas, foram efetivamente destinados ao autuado, localizada no Estado da Bahia. Afirma que, pelo fato do autuado ter se utilizado do intermédio de importadora localizada em Alagoas, a fiscalização questiona a efetiva destinação final da carga, uma vez que o desembarque aduaneiro aconteceu em estado diverso do domicílio do importador, sem a devida comprovação de posto fiscal estadual do destino.

Depois de reproduzir o teor art. 572 e seus §§ 1º e 7º, do RICMS/97, bem como a alínea “a” do inciso IX do § 2º do art. 155 da CF, articula o entendimento de que, independentemente do domicílio fiscal do importador das mercadorias, a hipótese de incidência do ICMS se verifica quando do desembarque aduaneiro dos bens importados, sendo o seu recolhimento, efetivado em favor da unidade da federação para onde as mercadorias estão destinadas, ou seja, ainda que o fato gerador do imposto tenha ocorrido em um Estado da Federação onde se dará o desembarque aduaneiro - RJ, o beneficiário do imposto será a Unidade da Federação para onde se destina a mercadoria - a Bahia.

Destaca que, contrariamente ao que argumenta a fiscalização, em 27/12/2007 a empresa Gama Importação e Exportação LTDA, recolheu o ICMS devido no valor de R\$7.140,01, em favor do estado da Bahia, conforme resta demonstrado através do comprovante de pagamento do Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE anexado à fl. 53. Acrescenta que apesar da inexistência de carimbo fiscal do Estado da Bahia na nota fiscal nº. 00015 em comento, a fiscalização não poderá concluir que não houve o recolhimento do tributo, uma vez que já restou comprovado que o ICMS pago pela Gama Importações e Exportações Ltda foi recolhido em benefício do referido Estado da Bahia de forma regular, motivo pelo qual se deve desconsiderar as conclusões da fiscalização que motivaram a presente autuação.

Assevera que é plausível o entendimento de que a fiscalização presuma alguma irregularidade no destino das mercadorias baseada na inexistência do carimbo do fisco do estado de destino, formalidade exigida e necessária. Entretanto, ressalta que a autoridade fiscal não pode limitar sua cognição única e exclusivamente nessa formalidade, sob pena de, assim agindo, cercear o direito de defesa da Contribuinte. Arremata ressaltando que nessa hipótese somente poderia acarretar infração pelo descumprimento de obrigação acessória, mas nunca a premissa de que não houve o recolhimento do ICMS.

Aduz que em vista da documentação acostada aos autos que comprova o recolhimento do imposto, bem como a chegada das mercadorias no estado destino da empresa autuada, deve ser extinto o crédito exigido, conforme orienta o inciso I do art. 156 do CTN, sob pena de violação da verdade material e da cobrança em duplicidade, conduta não aceita pela jurisprudência, como se verifica do teor de diversas ementas de acórdãos em julgamentos prolatados sobre esta matéria por órgãos administrativos de julgamento de feitos fiscais.

Arremata, asseverando que, em não havendo descumprimento de obrigação principal, não existe razão, muito menos ainda, para cobrança de multa de 60% aplicada pela fiscalização no presente auto pelo descumprimento da obrigação principal, aduzindo que, no máximo, poderia ser aplicada a multa pela inobservância da exigência de obrigação acessória, em razão da ausência de carimbo do local de destino da mercadoria, no valor de R\$50,00 (cinquenta reais), disposta no inciso X, do art. 42, da Lei 7.014/96, aplicável no caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei.

Conclui reafirmando seu pedido em sede preliminar para que o Auto de Infração seja declarado nulo decorrente dos vícios formais (inconsistência da base de cálculo e ilegitimidade passiva) e a conseqüente extinção do feito; no mérito, que se reconheça o efetivo recolhimento do imposto, aplicando-se, no máximo, a multa acessória prevista no art.42, inciso X, da Lei 7.014/96. Requerendo ainda que seja deferida a produção de provas por todos os meios em direito admitidos, bem assim, que lhe seja facultada a juntada de novos documentos em respeito ao Princípio da Verdade Material, que comprovará a subsistência de seus argumentos.

O autuado, através de seu advogado, ingressa em 12/12/2008, fls. 57 a 59, com pedido de reconsideração do despacho que determinou o arquivamento deste PAF, fl. 27, face a inexistência de intempestividade de sua defesa que fora protocolizada no dia 20/10/2008, consoante comprovação do “AR”, cuja cópia anexa às fls. 60 a 61.

Ao prestar informação o autuante à fl. 66, afirma que as razões do impugnante devem ser acolhidas para que se renove o procedimento contra o importador.

#### **VOTO**

No mérito o Auto de Infração cuida de falta de recolhimento do ICMS pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, Gama Importações e Exportações Ltda., sediado em Alagoas, desembaraçada a mercadoria no Estado do Rio de Janeiro e tendo como destino físico o Estado da Bahia.

Refere-se à importação de pneumáticos constatado no trânsito de mercadorias sendo conduzidos com as Notas Fiscais nºs. 00617 e 00618, fls. 16 e 17, emitidas pelo estabelecimento autuado, Tonimar de Araujo Ribeiro e tendo como destinatárias empresas localizadas no interior do Estado da Bahia. Acompanhavam também as referidas notas fiscais cópia da documentação atinente a importação (DI. nºs. 07/00377755 e 07/17325032-7, fls. 07 a 14) realizada pela empresa alagoana, fls. 07 a 14, indicando que a mercadoria fora desembaraçada no Estado do Rio de Janeiro, pela Nota Fiscal nº 00015, no valor total dos produtos R\$68.560,53, onde constam também indicados nos campos próprios os destaques “Valor do ICMS”, R\$7.812,73 e “Valor do ICMS Substituição”, R\$7.140,01, e “Valor Total do IPI”, R\$1.311,20, fl.15 emitida pela empresa Gama Importações e Exportações Ltda., e tendo como destinatário o estabelecimento, ora autuado.

O autuado sustenta a nulidade do procedimento sob a alegação de vício formal no lançamento pelo fato de ter sido utilizada base de cálculo incorreta, e por isso, cerceado seu direito de defesa.

Convém salientar, de plano, o que dos elementos dos autos se depreende da circunstância fática que motivou a lavratura do presente Auto de Infração. A mercadoria apreendida no trânsito, consoante TAO nº 110526.0013/08-3, fls. 05 e 06, trata-se de pneumáticos acobertados pelas Notas Fiscais nºs. 00617 e 00618, emitidas em 17/09/2008 pelo estabelecimento autuado em operação de venda – CFOP 5.102, para estabelecimento localizado neste Estado. Em suma, essa fora, de fato, a operação detectada pela fiscalização de trânsito materializada através do TAO, supra referido.

A cópia da Nota fiscal de nº 0015 emitida pela Gama Importação e Exportação Ltda., em 21/12/2007, constando a autuada como destinatária de mercadorias importadas, embora arrolada nos autos, refere-se a operação anterior de aquisição pelo autuado de pneumáticos importados pela emitente, conforme cópia da DI apensada aos autos, fls. 07 a 14. Portanto, claramente infere-se que a

importação ocorreria em momento bem anterior, e de forma totalmente independente da operação realizada pelo autuado por ocasião da ação fiscal, ora em lide.

Restou evidente nos autos que os “pneus” constantes na “Relação das Mercadorias Apreendidas” do TAO são as constantes das Notas Fiscais nºs. 00617 e 00618, fls. 16 e 17, que acobertavam a operação, ou seja, 54 pneus, totalizando o valor total de R\$16.246,56. No entanto, a base de cálculo apurada na determinação do lançamento de ofício originou-se do “Demonstrativo de Cálculos do ICMS Importação”, fls. 18 e 19, elaborado pelo Autuado, considerando as mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 0015 (R\$69.891,73), ou seja, 292 pneus e 302 protetores, mercadorias essas que não foram apreendidas por ocasião da ação fiscal.

Assim, remanesce inequívoca a constatação de que, no momento da autuação, as mercadorias que se encontravam em trânsito eram as constantes das Notas Fiscais nºs. 00617 e 00618 e não as constantes da Nota Fiscal nº 0015 que foram adquiridas pelo autuado em momento anterior à autuação.

O lançamento de crédito tributário, além de ser um ato vinculado, deve ser provido de elementos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao infrator, portanto, a autoridade fiscalizadora é obrigada a agir nos estritos termos da legislação.

No presente caso o lançamento é nulo por falta de certeza e liquidez, haja vista que não se sabe ao certo o que a fiscalização pretendeu imputar ao sujeito passivo, em face da contradição entre as mercadorias que efetivamente foram apreendidas pela fiscalização de trânsito e as mercadorias que foram consideradas para dimensionar a base de cálculo utilizada na apuração do débito exigido.

Portanto, sendo a mercadoria apreendida diversa da que fora objeto da autuação, configura-se, inequivocadamente, vício substancial com ofensa ao princípio da ampla defesa. Invoco como fundamento o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento fiscal efetuado sem observância do devido processo legal, e que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança, a infração e o infrator.

Cabe à repartição fiscal programar nova ação fiscal para que seja feito o lançamento a salvo de falhas, em obediência ao determinado no art.156 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **110526.0088/08-3**, lavrado contra **TONIMAR DE ARAÚJO RIBEIRO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2009

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR