

A. I. N° - 281394.0318/09-5  
**AUTUADO** - REDE ÂNCORA – BA IMPORTADORA, EXPORTADORA E DISTRIBUIDORA DE AUTO PEÇAS  
**AUTUANTE** - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**INTERNET** - 04.12.09

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

**ACÓRDÃO JJF N° 0409-04/09**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Apesar das causas de nulidades, o contribuinte comprovou o recolhimento do imposto devido antes de ser intimado da lavratura do Auto de Infração. Aplicado o disposto no Parágrafo único do artigo 155 do RPAF/BA, o qual determina que quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/03/2009, exige ICMS no valor histórico de R\$504,12, acrescido da multa de 60%, decorrente da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas venda para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008).

O autuado impugna o lançamento tributário, fls. 15/16, frisando que foi intimado pela SEFAZ informando-lhe sobre a existência do Auto de Infração lavrado em 19/03/2009, conforme intimação folha 19.

Salienta que, ainda neste Auto de Infração, na terceira página, vem descrito o número da Nota Fiscal N° 76930 e Conhecimento de Transporte N° 01945, sendo que a citada nota fiscal é da empresa BORFLEX INDÚSTRIA DE ARTEFATOS DE BORRACHA LTDA., entretanto, o número do conhecimento não é o mesmo que consta apensada na nota fiscal. Diz que o número correto é 019457, fl. 26.

Argumenta que ao receber o Auto de Infração ficou surpreso, uma vez que, até aquele dia, 15 de maio de 2009, tudo corria como de costume, a mercadoria chegou até a sede da empresa sem nenhum problema aparente. Assevera que a única coisa que chamou sua atenção foi um termo de apreensão que estava fixado a nota fiscal, que não tinha nenhuma relação com o autuado ou com o seu fornecedor ou mesmo com o transportador, fl. 27, tendo deduzido que esse termo estava ali por engano.

Alega que diante de todo exposto e de todo o equívoco, não pode o autuado ser penalizado por fatos que não é sua responsabilidade.

Ressalta que cumpriu com todos os requisitos previstos no Protocolo 49/08, o qual determina que o tributo seja recolhido na entrada da mercadoria no estoque, uma vez que não fora retido pelo fornecedor, acostando cópia do DAE à folha 30, constando o número da nota fiscal autuada.

Reitera que não foi notificada que a mercadoria teria sido apreendida pela fiscalização.

Ao finalizar, requer o arquivamento do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 38/39, o auditor designado diz que a Cláusula primeira do Protocolo 41/08 atribui ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS.

Quanto à alegação defensiva de que teria recolhido o imposto, não retido pelo responsável legal, de forma subsidiária, frisa que não pode afirmar que o imposto foi recolhido, por não ter o autuado trazido aos autos todos os documentos relacionados no DAE.

Ao finalizar, opina pela nulidade da autuação, por entender que a responsabilidade é do remetente nos termos do protocolo acima citado.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela Fiscalização de Trânsito, sob a alegação de falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008).

Em sua defesa o autuado alega que ao receber o Auto de Infração ficou surpreso, uma vez que, até aquele dia, 15 de maio de 2009, tudo corria como de costume, a mercadoria chegou até a sede da empresa sem nenhum problema aparente. Assevera que a única coisa que chamou sua atenção foi um termo de apreensão que estava fixado à nota fiscal, que não tinha nenhuma relação com o autuado ou com o seu fornecedor ou mesmo com o transportador, fl. 27, tendo deduzido que esse termo estava ali por engano.

O Termo de Apreensão de Mercadoria não é um termo qualquer. Trata-se de requisito de validade do Auto de Infração, conforme previsto no artigo 28, IV e § 4º c/c com o artigo 29 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal em vigor.

No presente caso, entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, pois o fiscal autuante acostou ao PAF, para embasar sua autuação, o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 281394.0317/09-9, fls. 05 e 06. Observo que o citado termo foi lavrado contra o contribuinte de "M. ALVES DA SILVA DE FERIRA DE SANTANA", tendo como transportadora "PATRUS TRASNPROTE URGENTES LTDA.", indicando que as mercadorias apreendidas eram as constantes nas Notas Fiscais nºs 0048007, 0048053 e 0048180. Ocorre que o Auto de Infração foi lavrado contra outro contribuinte, ou seja, REDE ÂNCORA – BA IMPORTADORA, EXPORTADORA E DISTRIBUIDORA DE AUTO PEÇAS, não refletindo o que consta do Termo de Apreensão.

Assim, em conformidade com o artigo 18, inciso IV, alínea "a" do RPAF/BA, é nulo o procedimento fiscal em caso de indeterminação da pessoa do infrator.

Também observei outra causa de nulidade, por ilegitimidade passiva, pois a operação encontra-se amparada pelo Protocolo ICMS 41/2008, que dispõe a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, atribuindo ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, relativo às operações subsequentes.

Nessa situação, caberia ao preposto fiscal lavrar o Auto de Infração contra o remetente, porém, o mesmo foi lavrado contra o destinatário das mercadorias, sem ter comprovado a impossibilidade de cobrança do remetente.

A falha processual foi reconhecida pela própria fiscalização, tendo, na informação fiscal, opinado pela nulidade autuação.

Entretanto, entendo que no caso em tela deve ser aplicado o previsto no Parágrafo único do artigo 155 do RPAF/BA, o qual determina que: *Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*

O autuado acostou cópia do recolhimento do ICMS, antes de ser intimado da lavratura do Auto de Infração. Caso o presente lançamento fosse anulado, a repartição fiscal examinaria se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, nesse período, o autuado poderia recolher o tributo espontaneamente, sem imposição de multa. Como o imposto já foi recolhido, conforme DAE acostado às folhas 30 e 31, entendo ser pertinente a aplicação do Parágrafo único do artigo 155 do RPAF/BA, e no mérito entendo que a infração foi elidida.

Pelo acima exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da autuação.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281394.0318/09-5**, lavrado contra **REDE ÂNCORA – BA IMPORTADORA, EXPORTADORA E DISTRIBUIDORA DE AUTO PEÇAS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR