

PROCESSO - A. I. Nº 0897602390/07
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - JOSÉ ALBERTO LAUCK
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 4ª JFJ nº 0090-04/09
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 08/10/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJE Nº 0347-11/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. AUSÊNCIA DO TERMO DE APREENSÃO DE MERCADORIAS. Representação proposta, com base no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº. 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, em face da existência de vício insanável no presente lançamento de ofício, decorrente da falta de prova necessária à demonstração do fato arguido. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, II, c/c com o art. 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, em face do Controle da Legalidade, exercido por este órgão, que propõe que o CONSEF aprecie a referida Representação para que seja decretado nulo o presente Auto de Infração diante da seguinte razão: *ausência do Termo de Apreensão, prova indispensável à demonstração do fato arguido que, consoante disposição expressa do art. 130, II do COTEB deverá acompanhar a autuação*.

O Auto de Infração em comento tem por objeto a cobrança do imposto devido em razão do autuado vender 3.065 sacas de soja utilizando documentos falsos, decorrente da renovação da ação fiscal em cumprimento ao Acórdão nº 0271-11/06 que julgou nulo o Auto de Infração nº 8968870.

Lavrado o Termo de Perempção, fl. 78, ante a não apresentação de peça recursal no prazo legal, através do Parecer à fl. 86, a procuradora Dra. Maria José Ramos Coelho Santo-Sé autorizou a inscrição do crédito tributário.

O autuado ingressa com representação para que a PGE/PROFIS, fls.109 a 124, no exercício do controle da legalidade, tendo em vista a sua demonstração da presença de vício insanável, representasse junto ao CONSEF para apreciar suas ponderações com base na previsão contida no inciso II do art. 114 do RPAF.

A PGE/PROFIS, por intermédio de Parecer circunstanciado, fls. 130 a 132, da lavra da Dra. Leila Von Sösten Ramalho, depois de analisar minudentemente todos os aspectos das alegações e ponderações fáticas alinhadas pelo contribuinte, deliberou por representar a este Conselho de Fazenda para que fosse reconhecida a nulidade apontada na forma das razões aduzidas. Precipuamente quanto à ausência do Termo de Apreensão de Mercadorias que, no seu entendimento tem natureza de elemento de prova indispensável “à demonstração do fato arguido”, a teor do inciso II do art. 130 do COTEB.

Às fl. 133, consta Despacho da procuradora assistente Dra. Aline Souza Casali Bahia, onde expressa acompanhar o opinativo supra aludido acolhendo a Representação ao CONSEF, reiterando o fato de que o Termo de Apreensão se constitui elemento essencial à demonstração do fato arguido.

VOTO

No exercício do controle de legalidade a PGE/PROFIS interpõe Repr
seja decretada a nulidade do Auto de Infração, em face da exis
consecução do lançamento de ofício, ante a falta do Termo de Apre

O Auto de Infração, ora em lide, origina-se da renovação de procedimento fiscal anterior, resultado de uma fiscalização de trânsito, tendo o autuante, na oportunidade, constatado que o sujeito passivo vendeu 3.065 sacas de soja, utilizando documentos falsos para retirar a mercadoria do Estado da Bahia.

Caberia ao autuante, por se tratar de Auto de Infração de trânsito, lavrar ou determinar a lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias objeto da autuação, que se constitui “prova material da infração”, portanto, deve obrigatoriamente instruir o Auto de Infração, consoante dispõe o art. 28, IV e § 4º, do RPAF :

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

[...]

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

[...]

§ 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, que poderão ser substituídas por reprodução do exato teor do termo em folha à parte, pela autoridade fiscalizadora, devendo neste caso ser indicada a página do livro em que foi lavrado o termo original;

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido”.

Ademais, comungo com o entendimento do Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, enunciado no Acórdão CJF nº 0271-11/06, de que o Termo de Apreensão além de constituir prova da materialidade da infração, serviria para identificar o verdadeiro autor da fraude, haja vista que ao figurar como responsável solidário pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, nos termos do art. 39, inciso I, alínea “d” do RICMS, o transportador contribuiria de forma decisiva na investigação para apurar a autoria da falsificação e, conseqüentemente, com segurança, a legitimidade do sujeito passivo.

Dessa forma, a Representação da PGE/PROFIS merece acolhimento, ante a incontestada ausência nos autos do Termo de Apreensão de Mercadorias, pois, na fiscalização de trânsito, ao se constatar o flagrante de ocorrência fungível, como no presente caso, deve o seu interceptor para materializar a infração lavrar o competente Termo de Apreensão de Mercadorias que se constitui na sua prova cabal, como estatuído no inciso II do art. 130 do COTEB.

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS proposta ao CONSEF, a fim de que seja declarada a nulidade do lançamento de ofício, em face da existência de vício insanável, uma vez que, por se tratar da ausência da lavratura de Termo de Apreensão, elemento de prova imprescindível e indispensável à demonstração do fato arguido, fulmina o próprio Auto de Infração, que em sua origem, padece da falta de materialização da infração imputada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2010.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALI

Created with