

A. I. Nº - 113830.0004/10-8
AUTUADO - SCANDOLER COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LEDA MARIA DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 25.11.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0370-04/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE TERMO DE APREENSÃO EFICAZ. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL O Auto de Infração, far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará. Só é dispensada a lavratura dos Termos de Início de Fiscalização e do Termo de Enceramento de Fiscalização ou do Termo de Apreensão, apenas, quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de: a) descumprimento de obrigação acessória; b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa, e c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias. No caso presente, por se tratar de Auto de Infração, modelo 4 (trânsito), a lavratura do Termo de Apreensão sem a assinatura do detentor da mercadoria ou, no caso de sua recusa, de duas testemunhas, não é eficaz. Ausência de elemento essencial nos autos. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, modelo 4, lavrado, em 28/04/2010, para exigir a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, no valor de R\$ 8.247,27, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, por contribuinte descredenciado, relativo aos DANFE(s) – Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica – nº. 20125, 20126, 20127, 20128, 20837 e 21544, conforme Termo de Apreensão e Ocorrência, memória de cálculo e documentos fiscais às fls. 2 a 21 dos autos. Foram dados como infringidos os artigos 352-A e 125, II, “f”, c/c art. 911 e 913, todos do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, tendo sido aplicada a multa de 60%, nos termos do art. 42, II, “d”, da Lei nº. 7.014/96.

O contribuinte, através de sua representante legal, ingressou com defesa tempestiva, à fl. 24 dos autos, onde aduziu que se trata de produtos oriundos de Manaus (AM), com passagem pelos postos fiscais de Vitória da Conquista, Simões Filho e Feira de Santana sem retenção dos produtos por estar a empresa descredenciada perante a SEFAZ, tendo as notas fiscais sido devidamente carimbadas nos citados postos. Salienta o apelante que, como a empresa não tinha condição de saber quando os produtos foram faturados para efetuar a antecipação parcial do ICMS, uma vez que foram transportados por transportadora com filial em Salvador, como fazem sempre, os produtos ficam retidos até o devido pagamento da antecipação parcial. Apresenta em anexo cópia do pagamento do ICMS exigido e pede a anulação do Auto de Infração.

A autuante, ao prestar a informação fiscal, à fl. 39 dos autos, ressalta que a argumentação apresentada pelo autuado está contraditória, pois é importante salientar que nenhuma das notas fiscais foram carimbadas, conforme se pode comprovar na peça vestibular

Em seguida, passa a descrever que o Termo de Apreensão (fl. 8) é datado às 9h e 30m, sendo que o pagamento do ICMS foi realizado pelo

mesmo dia 28/04/2010, às 11h e 31m, logo duas horas após a ação fiscal (fls. 25 e 26). Destaca, também, que as mercadorias, objeto do Auto de Infração, já estavam dentro do depósito do autuado e já havia sido entregue pela transportadora um dia antes (27/05/2010) [27/04/2010], conforme prova o conhecimento da transportadora às fls. 06/07. Aduz que, tudo foi constatado após levantamento de rotina onde foi detectada que a mercadoria estava sem pagamento da antecipação parcial. Assim, reafirma que a empresa só efetuou o pagamento após a ação fiscal. Cita o art. 632, II, do RICMS, o qual prevê que *“o trânsito ou porte irregular de mercadoria não se corrige com a posterior emissão de documento fiscal, se a emissão ocorrer depois do início da ação fiscal”*. Destaca que, tendo o autuado recolhido o ICMS exigido após a autuação, a multa é devida. Sugere a ratificação do Auto de Infração pelo CONSEF.

Instado a se manifestar sobre a informação fiscal, o autuado, às fls. 57 e 58 dos autos, reitera suas alegações de defesa.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, modelo 4 (trânsito), lavrado para exigir o ICMS referente à antecipação parcial no valor de R\$ 8.247,27, acrescido da multa de 60%, conforme planilha à fl. 4 dos autos.

Da análise das peças processuais, verifico que os Termos de Apreensão, às fls. 2 e 8 dos autos, encontram-se sem a devida assinatura do detentor das mercadorias ou de duas testemunhas, conforme determina o art. 940, § 1º, VI, c/c o § 2º, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

O art. 939, II, do RICMS/97, prevê que o preposto fiscal, antes da lavratura do Auto de Infração, emitirá Termo de Apreensão, quando se tratar de irregularidade constatada no trânsito de mercadorias. Já o art. 945 do RICMS, reza que 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.

Por sua vez, o art. 28, IV, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, determina que 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: 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.

Deve-se salientar que, conforme previsto no art. 29 do RPAF, é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização ou do Termo de Apreensão, quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

- a) descumprimento de obrigação acessória;
- b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular; ou
- c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias.

Por fim, o art. 41, I, do RPAF prevê que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente.

Sendo assim, se tratando de uma operação de trânsito de mercadorias caberia a lavratura do Termo de Apreensão das mercadorias, de forma eficaz, no qual deveria se fundamentar obrigatoriamente a ação fiscal, a fim de se constituir prova material da infração, consoante previsto na legislação citada. Assim, observo a existência de vício insanável na lavratura do Auto de Infração, por não ser acompanhado de eficaz Termo de Apreensão. Os autos não estão assinados pelo detentor da mercadoria ou por duas testemunhas, sendo lavrado na ação fiscal de forma a fundamentar o lançamento de

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **113830.0004/10-8**, lavrado contra **SCANDOLER COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR