

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) ¹ às 9h e 30m, sendo que o pagamento do ICMS foi realizado pelo

Created with

 nitroPDF® professional
download the free trial online at nitropdf.com/professional

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, uma vez que os termos lavrados nos autos não estão assinados pelo detentor da mercadoria ou por duas pessoas, nem ser 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 4^a 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