

**A. I. Nº** - 217449.0604/10-3  
**AUTUADO** - SAPEKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS DO NORDESTE LTDA.  
**AUTUANTE** - RAIMUNDO COSTA FILHO  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/NORTE  
**INTERNET** 09.06.2011

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0138-05/11

**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 12/06/2010, para exigir a falta de recolhimento do ICMS referente, no valor de R\$7.468,89, decorrente da utilização do documento Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais contendo rasura, adulteração ou falsificação. Foi consignado, ainda, “*Adulteração do número das NFe na mesma GNRE utilizada no DANFE 6134 e 6135*”. Foram dados como infringidos os artigos 120 e 123, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, tendo sido aplicada à multa de 200%, nos termos do art. 42, XXI, da Lei nº. 7.014/96. Tudo conforme Termo de Apreensão e Ocorrências e documentos às fls. 4 a 16 dos autos.

Foi registrado no campo “Descrição dos Fatos” que:

*“Aos dias e horas do mês de junho do ano corrente, no exercício regular das funções fiscalizadoras, constatamos irregularidades no veículo placa HZY 4258 que transportava 1500 fraldas SAPEKA constantes do DANFE 6134 chave 26.1006.07.847.724/0001-14-55-004-000.006.134-918-489.183-2 de 10/06/2010 deixou de recolher o icms retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, utilizando Fraudulentemente a GNRE código (85870000074-0 688800792504-2 167720784772-7 40001103200-1) com período de referência 03/2010 e sem o preenchimento OBRIGATÓRIO do campo (04) de nº de documento de origem, utilizando o campo de informações complementares para simular a vinculação aos DANFEs 6134 e reutilizando no DANFE 6135 para acobertar o imposto antecipado destaca na Documentação Fiscal. E, como prova do ilícito fiscal foi feita a apreensão das Mercadorias e do Documento Fiscal.” (sic)*

Às fls. 21 a 26 do PAF, consta expediente sobre requerimento de transferência de Fiel Depositário, identificando como Depositário a empresa Jeane Souza Melo de Oliveira, destinatária do aludido

DANFE nº 6134 (fl. 6), cujo pedido foi deferido pela Inspetora Fazendária, conforme despacho à fl. 20 dos autos.

À fl. 27 dos autos, consta “AR” (Aviso de Recebimento), datado de 20 de julho de 2010, sobre intimação da lavratura do Auto de Infração.

Em 16 de agosto de 2010, o contribuinte, através de seu advogado legalmente constituído, ingressou com defesa tempestiva, às fls. 29 a 32 dos autos, onde, após reproduzir a acusação fiscal, aduziu que os documentos são idôneos e comprovam o pagamento do imposto, no prazo legal e de acordo com a legislação tributária específica, de conformidade com o art. 123 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o qual reproduz.

Salienta que, conforme GNRE e comprovantes bancários anexos à sua defesa, não ocorreu nenhuma simulação para a vinculação do DANFE 6134 e nem reutilização do DANFE 6135. Sustenta que o não preenchimento do campo obrigatório, não invalida o procedimento do autuado, perante o fisco. Aduz que foi um erro humano, pois ocorreu que, na emissão dos DANFES, não foi preenchido o Campo 04, número de documento de origem. Por esse motivo, no momento da retirada das GNREs para recolhimento do imposto, estas geraram números de códigos de barra iguais. Porém, conforme se verifica dos comprovantes de pagamentos efetuados via internet, junto ao site do Banco Itaú, as autenticações bancárias (comprovante do pagamento do imposto) são diferentes, atestando que houve o recolhimento do tributo relativo aos dois DANFES, inobstante tratarem-se de valores e códigos de barras iguais. Assim, com esses esclarecimentos, suportados na documentação que acompanha a impugnação, sustenta não prosperar a acusação.

Por fim, aduz tratar-se de empresa que opera dentro dos princípios básicos da ética e da moral e que durante toda a sua existência jamais respondeu a processo penal tributário em que se cogitasse apuração de qualquer crime contra a ordem tributária, como falsificação, adulteração ou alteração de documentos fiscais. Pede a improcedência do Auto de Infração, como também o julgamento simultâneo com o Processo de nº 217683.0605/10-7, em razão de interesse processual e da matéria.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 59 a 61 dos autos, ressalta que a defesa apresentada é intempestiva, fora do prazo legal, pois o Auto de Infração foi lavrado em 12/06/2010 e o representante legal da autuada utilizou-se de um expediente, ou seja, um requerimento de transferência de depositário, nomeando a destinatária como fiel depositária em 18/06/2010 (fl. 21) e, de acordo com o art. 109 do RPAF, considera-se efetivada a intimação nesta data.

Em seguida, aduz que a GNRE é inidônea por apresentar adulteração de número do DANFE 6134 para o DANFE 6135, conforme espelho do computador em que estava sendo efetuada a fraude (fl. 11) e tendo como comprovante de pagamento do Banco Itaú o extrato com o mesmo código de barra da GNRE on-line, em desacordo com a cláusula sexta do Convênio Arrecadação 01/98, que disciplina que nos casos que impossibilite as consistências previstas no Manual Técnico de Procedimento para Captura Eletrônica da GNRE não deverá ser acolhido pelo agente arrecadador.

Atesta o autuante que o pagamento da operação não se evidenciou comprovado, tendo, em face que o “Campo 5” refere-se a 03/2010, em desacordo com o previsto no art. 88-A, inciso VII, do Convênio/SINIEF 06/89 que disciplina o efetivo período da ocorrência do fato gerador do tributo, sendo que este ocorreu em 06/2010, o que evidencia uma total incoerência no prazo.

Assevera ser inequívoca a afirmação da fraude por simulação por haver uma falsa declaração no campo das informações complementares da GNRE dos números dos DANFE 6134 e reutilização dos mesmos documentos de arrecadação adulterados / falsificados no DANFE 6135, que também está sob ação fiscal.

Registra que os comprovantes de pagamento do Banco Itaú que apresentam código de autenticação bancária diferentes para um mesmo código de GNRE são injustificáveis e as operações estão totalmente incorretas, evidenciando total descumprimento dos dispositivos previstos na cláusula quinta e sexta do Convênio Arrecadação 01/98 e permite que se visualize

que a fraude pode estar sendo acobertada também com a fraude no pagamento via internet do agente arrecadador o Banco Itaú.

Destaca que o autuado é contumaz na prática de crimes contra a ordem tributária e a alegação de que não respondeu a nenhum processo penal tributário por adulteração ou falsificação, é porque a Lei nº. 11.941/2009, no art. 69, possibilita a extinção da punibilidade dos crimes previstos no art. 68, quando o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos..., ou o parcelamento do débito.

Salienta que o modus operandi do autuado consiste na utilização de documentos inidôneos e comprovantes de pagamento com adulteração ou falsificação, do que já foi alvo de várias autuações, as quais enumera, sendo o total dos créditos reclamados de R\$ 65.645,26.

Finaliza assegurando que o enquadramento previsto no art. 42 da Lei nº. 7.014/96 é irrefutável e todos os procedimentos estão de acordo com a legislação vigente, não havendo nenhuma inconsistência. Assim, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente e o autuado seja considerado revel e confesso.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração, modelo 4 (trânsito), lavrado para exigir o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$ 7.468,89, acrescido da multa de 200%, ao utilizar na mesma GNRE (Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais) número de Notas Fiscais Eletrônicas diferentes (DANFE 6134 e 6135).

Inicialmente, há de se registrar que com a intimação ao autuado para tomar ciência da lavratura do Auto de Infração epigrafado, ocorreu via postal, com Aviso de Recebimento “AR” datado de 20.07.2010, sendo inequívoca a tempestividade da defesa apresentada em 16.08.2010.

Em seguida, da análise das peças processuais, verifico que o Termo de Apreensão e Ocorrência, às fls. 4 e 5 dos autos, encontra-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, pois o apensado aos autos não está assinado pelo detentor da mercadoria ou, no caso de sua recusa, por duas testemunhas, cujo documento deveria ser lavrado na ação fiscal de forma a fundamentar o lançamento de ofício.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **217449.0604/10-3**, lavrado contra **SAPEKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS DO NORDESTE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA