

PROCESSO - A. I. Nº 217449.1010/10-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SAPPEL DO BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2º JJF nº 0156-02/11
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 04/07/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0166-11/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ILEGITIMIDADE PASSIVA DO REMETENTE DA MERCADORIA ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. O Termo de Apreensão de Mercadorias foi lavrado sem atender às determinações legais, enquanto que o procedimento fiscal foi conduzido de forma irregular, pois, além de faltar a assinatura do detentor das mercadorias e das testemunhas, a autuação deveria ser contra o detentor da mercadoria encontrada em situação irregular, restando caracterizada a ilegitimidade passiva, Súmula CONSEF Nº 3. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão epigrafado que julgou pela Nulidade do Auto de Infração lavrado em 13/10/2010 para exigir ICMS no valor de R\$61.656,00, por imputar a utilização, pelo sujeito passivo, do mesmo documento fiscal para acobertar mais de uma operação ou prestação.

Na descrição fática consta que o veículo placa AAP 1902/SC transitava com 15 pallet de Medidor Altair SAPPEL com o DANFE nº 0231 emitido em 31.08.2010, sem possuir a placa do veículo vinculando o mesmo ao DANFE, o que não foi constatado pelo Fisco de Pernambuco, e que possibilitou a sua reutilização em desacordo com o Protocolo 10/07, Ajuste do SINIEF e Parecer da GECOT/DITRI Nº 15375/2009, motivo pelo qual o DANFE foi considerado inidôneo (reutilização).

Em Primeira Instância a lide administrativa foi dirimida sob os seguintes fundamentos:

“O Auto de Infração em tela foi lavrado no trânsito, para exigir ICMS decorrente da suposta reutilização de Nota Fiscal – utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação.

No tocante a alegação do autuante de que a defesa seria intempestiva, quando prestou sua informação fiscal, a mesma não pode ser acolhida, pois a intimação da lavratura foi entregue o autuado em 16/11/2010, fls. 22 e 23, constando o prazo de 30 (trinta) dias a contar da data do recebimento da referida intimação. A defesa foi apresentada em 16/12/2010, fl. 24. Logo, a defesa apresentada foi tempestiva, não podendo ser acolhido o argumento do fiscal autuante.

Da análise dos autos, constatei existência de vício insanável que macula o lançamento tributário realizado pelos auditores, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado com base no Termo de Apreensão, às fls. 04 e 05, no qual não foi consignada a assinatura do autuado ou qualquer declaração que o mesmo recusou-se a assinar, embora conste a apreensão de mercadoria.

Determinam os artigos 28, IV, do RPAF/99 e 945, do RICMS/97, que o Termo de Apreensão é utilizado para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, nos termos da legislação do ICMS.

No mesmo sentido, estabelece o art. 940, § 2º, do mesmo RICMS, que quando o sujeito passivo, seu representante ou preposto se recusar a assinar o Termo de Apreensão, ou em caso de sua ausência, o termo deverá ser assinado por duas testemunhas.

Logo, entendo que o Termo de Apreensão somente poderia comprovar a existência de irregularidade caso estivesse revestido das formalidades previstas na legislação tributária estadual. Não sendo assinada pelo autuado e nem pelas testemunhas, o mesmo não pode ser aceito como elemento probante.

Ressalto, ainda, a existência de outro vício que é a lavratura contra o remetente das mercadorias, contribuindo localizado em outro Estado, quando consta no DANFE nº 000.000.231, Série 1, que o transportador é a Transportadora Transcapital, empresa que emitiu o conhecimento de transporte rodoviário, fl. 15. Portanto, o autuado não estava na qualidade de detentor das mercadorias transportadas irregularmente.

Nesta situação, o Auto de Infração deveria ter sido lavrado contra o transportador e não o remetente das mercadorias, conforme Símula CONSF Nº 3, a qual determina que é nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, salvo norma expressa com determinação em contrário, a exemplo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual e das importações submetidas ao princípio do destino físico.

Portanto, restou comprovado que o Termo de Apreensão de Mercadorias foi lavrado sem atender as determinações legais, enquanto que o procedimento fiscal foi conduzido de forma irregular, pois, além de faltar a assinatura do detentor das mercadorias e das testemunhas, a autuação deferia ser contra o detentor da mercadoria encontra-se em situação irregular, restando caracterizada a ilegitimidade passiva. Como as ocorrências acima não podem ser sanadas através de diligência, conforme previsto no §1º, do art. 18, do RPAF/99, entendo que a autuação não prospera, por inobservância do devido processo legal e ilegitimidade passiva.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Ao final do voto, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF por força do estatuído no art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

VOTO

Consoante se extraí do voto supratranscrito, o lançamento de ofício foi julgado nulo ante a comprovação constatada pelos julgadores de Primeira Instância, que ao ser lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias foram desatendidas imposições legais incontornáveis, eis que além de faltar, como visto, a assinatura do detentor das mercadorias como das testemunhas de que as mercadorias transitavam em situação de irregularidade, há ainda o relevante aspecto de se tratar o recorrido de parte ilegítima, vício este que não teria como ser consolidado e que maculou a acusação fiscal no seu nascedouro e, por isto mesmo, acertadamente, em respeito ao princípio da legalidade, foi declarada nula.

A Decisão “*a quo*” deve ser mantida.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 217449.1010/10-0, lavrado contra **SAPPEL DO BRASIL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTAS - REPR. DA PGE/PROFIS