

A. I. Nº - 232195.0500/11-1
AUTUADO - TECNAUT COMÉRCIO DE SISTEMAS DE AUTOMAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 11/06/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0076-05/13

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 no 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

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/03/2011, reclama ICMS no total de R\$37.235,50, referente à *“falta de antecipação tributária, antes da entrada no território desse Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado”*. Multa de 60%, II, “d”.

O sujeito passivo, às fls. 71 a 78 dos autos, apresenta defesa afirmando que, assim que a empresa autuada teve ciência da apreensão de mercadorias por suposta falta de pagamento de imposto, efetuou o pedido de liberação das mercadorias.

Argumenta que em 20/12/11, um dos antigos sócios da empresa autuada, o Sr. Guilherme R. Faria dos Reis, recebeu em sua residência uma Notificação Fiscal vinculada à apreensão das mercadorias constantes das citadas notas fiscais. Em resposta a esta Notificação, o autuado apresentou “Justificativa” (documento 03 – em anexo), onde explicou, dentre outras coisas, que o imposto (antecipação parcial) havia sido apurado (documento 08 – em anexo) e recolhido regularmente e dentro do prazo previsto em lei, oportunidade em que apresentou o respectivo DAE comprobatório (documento 04 - em anexo). Além disso, o autuado ainda salientou que possuía o benefício fiscal da redução de base de cálculo (art. 87, V, do RICMS/97 - Termo de Acordo – Atacadista), benefício esse que, de acordo com o art. 352-A, § 2º, do RICMS/97, se estendia à apuração do imposto devido na antecipação parcial.

E, por conta de tudo quanto explicado, o autuado pediu o arquivamento da Notificação Fiscal, colocando-se à disposição para eventuais esclarecimentos necessários.

Afirma que, para surpresa do contribuinte, um dos sócios da empresa, o Sr. Luciano Lopez de Araújo, recebeu agora uma INTIMAÇÃO (documento 05 – em anexo) na sua residência, para fins de quitação ou apresentação de defesa do Auto de Infração nº 232195.0500/11-1, ora objeto de Impugnação. Nesta intimação, foi informado que o contribuinte deveria comparecer à IFMT METRO, para fins de tomar conhecimento dos valores a ser recolhidos.

Seguindo o quanto informado na intimação, alude que esteve presente à IFMT – METRO no dia 25/10/12, quando então tomou ciência do Auto de Infração nº 232195.0500/11-1 (documento 06 – em anexo), onde consta a seguinte redação:

Afirma que seguindo orientação do atendente fiscal da IFMT – METRO, o autuado protocolou documento imediatamente, no próprio dia 25/10/12, explicando que o imposto não era devido, porque já pago no prazo legal (documento 07 - em anexo).

Consigna que está sendo apresentada agora a manifestação da empresa em relação ao presente Auto de Infração, devendo ser ela recebida como a Impugnação à autuação, ou, se preferirem os membros desta JJF, como mero aditamento à Defesa, no caso de ser entendido que o documento protocolado pelo contribuinte no dia 25/10/12 (documento 07 - em anexo) teria alcançado a “função de Defesa”.

Pretende demonstrar que, além de o Auto de Infração estar eivado de falhas que culminam com a sua nulidade, o próprio imposto exigido foi recolhido regularmente pelo autuado, pelo que, no mérito, a autuação é improcedente.

Quanto às preliminares de nulidades, alega que foi lavrado tendo como base um determinado Termo de Apreensão (TAO 232195.0001/11-5). Ocorre que, conforme art. 28, §2º, do RPAF/99, o prazo de validade de um Termo de Apreensão é de 30 (trinta) dias e, no presente caso, este Termo já tinha cerca de 1 ano e meio, quando o Auto de Infração foi lavrado.

Considera que o Auto de Infração foi lavrado com base em documento (Termo de Apreensão) já sem qualquer valor legal ou jurídico, é certo que a autuação não atende às exigências legais, devendo ser declarada NULA.

Analisando as notas fiscais objeto da autuação (24794, 27802 e 24811), e atentando-se para a base de cálculo inserida no Auto de Infração (R\$341.433,72), entende ser fácil perceber que o agente fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração não levou em conta a redução de base de cálculo prevista no art. 87, V, c/c art. 352-A, §2º, do RICMS/97, a que o autuado fazia jus à época dos fatos, conforme Termo de Acordo (Atacadista) firmado com a SEFAZ-BA.

Salienta não haver dúvidas de que a apuração foi feita de forma insegura e incorreta, já que a base de cálculo do imposto exigido não está conforme os parâmetros normativos.

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

(...)

§ 2º Quando a base de cálculo do imposto relativo à operação subsequente for reduzida, aquela do imposto antecipado será igualmente contemplada com a referida redução;

(...)

Pede que o Auto de Infração seja considerado NULO, por força do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, argumenta que o imposto, objeto da presente exigência, foi regularmente apurado, escriturado e recolhido pelo autuado no mês de março/2011, conforme documentos comprobatórios em anexo (vide documentos 04 e 08) e só por este argumento, a autuação já é improcedente.

Conforme já explicado acima, a exigência ora em questão é improcedente, porque o imposto corretamente calculado já foi pago pelo autuado, no prazo legal. Todavia, só para poder se argumentar, mesmo imaginando-se que coubesse a lavratura do Auto de Infração, o imposto precisaria ser recalculado, pois foi apurado a maior pelo agente fiscal, já que ele não levou em conta a redução de base de cálculo a que o contribuinte fazia jus à época dos fatos (art. 87, V, c/c art. 352-A, § 2º, do RICMS/97).

Considera inexigível o imposto a título de antecipação parcial, ainda que o contribuinte não o tivesse recolhido. Assegura que a regra geral no Direito Tributário é a de que imposto previsto em lei e não recolhido é devido. Todavia, como toda boa regra, ela permite exceções. Uma destas se dá com base no art. 42, § 1º, da Lei nº 7.014/96, quando o imposto por antecipação parcial deixa de ser exigível, se o contribuinte tributar as operações de saídas das mercadorias, ou seja, se der às “mercadorias antecipadas”, tratamento de “mercadorias normais”. E esta exceção se concretiza no caso do autuado, já que ele tributa todas as suas saídas.

Neste caso, complementa, a norma legal prevê a inexigibilidade do valor principal, cabendo “apenas” a cobrança da multa de 60%, prevista o art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

(...)

*§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, **inclusive por antecipação parcial**, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II.*

(grifos do autuado)

Assim, considera improcedente a cobrança do valor principal, nos termos do art. 42, § 1º, da Lei nº 7.014/96.

Considera não haver prejuízo para o estado, ainda que fosse devido o imposto, e ainda que o contribuinte não o tivesse recolhido, pois, apenas para argumentar, procura supor que o imposto por antecipação parcial fosse devido no presente caso, e não tivesse sido recolhido pelo autuado. Ainda assim, entende que a falta de recolhimento da antecipação parcial pelo sujeito passivo, no presente caso, não teria trazido qualquer prejuízo à Fazenda Estadual. Afinal, todo valor de antecipação parcial recolhido seria utilizado pelo próprio contribuinte a título de crédito fiscal, conforme previsto no art. 93, I-A, do RICMS/97, o que, matematicamente, equivaleria a uma operação de estorno.

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

*I-A - o valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes inscritos na condição de contribuinte normal, nos termos do **art. 352-A**, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS.”*

Complementa arguindo que, seguindo as diretrizes da sistemática de compensação do ICMS, o sujeito passivo acabaria compensando tais créditos fiscais com os débitos que fossem surgindo.

Este procedimento, segundo ao autuado, nada mais é do que a concretização do Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade do ICMS, previsto expressamente na legislação tributária, a exemplo da Lei nº 7.014/96 e do próprio RICMS/97, conforme transcrições logo abaixo, onde está dito que a compensação do tributo se dá a partir do confronto dos créditos e débitos, mensalmente.

LEI ESTADUAL BAIANA Nº 7.014/96

Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

RICMS-BA/97

CAPÍTULO XIII

DA APURAÇÃO DO VALOR A RECOLHER

SEÇÃO I

Da Não-Cumulatividade e do Regime de Compensação do Imposto

Art. 114. O ICMS é não-cumulativo, devendo-se compensar o que for devido em cada operação ou prestação realizadas pelo contribuinte com o imposto anteriormente cobrado por este ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal, relativamente às mercadorias entradas ou adquiridas ou aos serviços tomados, de modo que o valor a recolher resulte da diferença, a mais, entre o débito do imposto referente às saídas de mercadorias e às prestações de serviços efetuadas pelo estabelecimento e o crédito relativo às mercadorias adquiridas e aos serviços tomados, levando-se em conta o período mensal ou a apuração por espécie de mercadoria ou serviço, conforme o regime adotado.

Conclui pedindo que sejam acolhidas as preliminares de nulidade, ora apresentadas, mas que, ao final, seja o Auto de Infração julgado IMPROCEDENTE, nos termos do parágrafo único do art. 155 do RPAF/99, diante de tudo quanto explicado e comprovado nesta Impugnação.

Requer o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive, por meio de diligência/perícia fiscal e de posterior juntada de novos documentos (ANEXO 01 – CONTRATO SOCIAL DA EMPRESA AUTUADA; ANEXO 02 – TERMO DE LIBERAÇÃO DE MERCADORIA APREENDIDA; ANEXO 03 – JUSTIFICATIVA REFERENTE À NOTIFICAÇÃO FISCAL; ANEXO 04 – DAE – PAGAMENTO ANTECIPAÇÃO PARCIAL; ANEXO 05 – INTIMAÇÃO ACERCA DO AUTO DE INFRAÇÃO; ANEXO 06 – AUTO DE INFRAÇÃO; ANEXO 07 – SOLICITAÇÃO DO ARQUIVAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO; ANEXO 08 - APURAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL INCLUINDO AS NOTAS FISCAIS OBJETO DA AUTUAÇÃO – MÊS DE MARÇO-2011; ANEXO 09 – OUTROS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS).

O autuante, às fls. 107 a 110 dos autos, assegura que foi exigido a pagamento do ICMS, relativo a “Antecipação Tributária Parcial”, dos DANFE’s nºs 24811, 24802 e 24794, emitidos por Rockwell Automation do Brasil Ltda., por contribuinte que se encontra “descredenciado”, por restrição de crédito – Dívida Ativa.

Alude que a autuada, inconformada com a lavratura do Auto de Infração em seu desfavor, apresenta defesa impugnando o lançamento, alegando, sinteticamente, o a seguir aduzido:

1 - que foi emitido Termo de Liberação de Mercadorias, onde consta a informação “liberado conforme pagamento do DAE, Tecnaut de Sistemas de Automação Ltda.”;

2 - informa que o valor do imposto relativo a Antecipação Parcial, foi apurado e recolhido regularmente, dentro do prazo previsto em Lei;

3 - alega que o Auto de Infração foi lavrado em prazo superior a 30 dias após a lavratura do Termo de Apreensão;

4 - salienta que faz jus a redução da base de cálculo prevista no art. 87, inciso V do Decreto 6.284/97, benefício este que, de acordo com o art. 352-A, §2º do RICMS/97, se estende à apuração do imposto devido na Antecipação Parcial. Alega, também, possuir Termo de Acordo Atacadista, firmado com a SEFAZ.

5 - baseando-se no art. 42, §1º, da Lei 7.014/96, alega o contribuinte que o imposto devido por “Antecipação Tributária Parcial” deixará de ser exigível se o contribuinte tributar as operações de saída das mercadorias, ou seja, “se der as mercadorias antecipadas o tratamento de mercadorias normais, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d”, inciso II, do referido artigo”.

Requer, ao final, que este Egrégio Conselho Estadual de Fazenda, julgue este Auto de Infração “improcedente”.

Afirma que, quanto ao Termo de Liberação de Mercadorias, onde consta a informação de que a mercadoria foi liberada em razão de pagamento de DAE, o documento fiscal de mesmo nome, acostado a este processo, à folha 15, informa que a mercadoria foi liberada em razão de solicitação, pelo contribuinte, onde este pede a transferência de fiel depositário, colocando-se como responsável pela guarda das mesmas e pelo pagamento do ICMS devido, inclusive multa e demais acréscimos, no prazo de 30 dias, a contar da ciência do Auto de Infração, ou após o julgamento definitivo da procedência total ou parcial do supra citado Auto de Infração, na esfera administrativa, documento acostado à folha 13 deste processo.

Portanto, entende improceder a alegação.

Quanto à afirmação de que o imposto, relativo a Antecipação Parcial, foi apurado e recolhido regularmente, dentro do prazo previsto em Lei, salienta que a mercadoria encontra-se sob ação fiscal e o recolhimento do imposto deverá ser feito de acordo com os valores apurados no Auto de Infração. O contribuinte apresentou um DAE, cópia anexa à folha 86, com data posterior a Ação Fiscal, referente ao pagamento intempestivo do ICMS, relativo à antecipação tributária parcial, de mais de uma dezena de DANFES'S, inclusive os 03 documentos fiscais que motivaram esta apreensão. O valor informado no referido documento de arrecadação, R\$11.892,97, é muito inferior ao que deveria ser, em relação aos DANFE'S, que deram causa a esta autuação, se estivesse corretamente calculado.

Afirma que, novamente, equivoca-se o requerente.

No que alude ao Termo de Apreensão com prazo expirado, superior a 30 dias, argumenta que o Termo de Ocorrência Fiscal e o Auto de Infração, anexados a este processo e localizados às folhas 04 e 01, respectivamente, ambos, possuem a data de lavratura de 24/03/2011, comprovando-se ser impertinente a afirmação do reclamante. Mesmo se tal fato tivesse ocorrido, não o eximiria do pagamento do tributo.

No que alude a arguição do sujeito passivo de que faz jus à redução da base de cálculo prevista no art. 87, inciso V, do Decreto nº 6.284/97, benefício este que, de acordo com o art. 352-A, § 2º do RICMS/97, se estende à apuração do imposto devido na Antecipação Parcial. Alega, também, possuir Termo de Acordo Atacadista, firmado com a SEFAZ, afirma que fazendo nova análise dos DANFE's, que fazem parte desta autuação fiscal, constatamos que os itens 07 e 08, do DANFE nº 24811, produto com NCM 8471, e 04 do DANFE nº 24802, produto com NCM 8471, que perfazem o valor total de R\$36.959,57, IPI incluso, encontram-se inseridos no anexo 5-A, fazendo jus a redução da base de cálculo ali prevista, 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%. Os demais itens existentes nos referidos documentos fiscais são tributados com a alíquota de 17%, por não integrarem o referido anexo. Desta forma, a nova base de cálculo desta autuação fiscal passa a ser R\$304.474,15, IPI incluso (planilha anexa). O valor do ICMS a pagar, passa a ser de R\$33.202,14, acrescido de multa no valor de R\$19.921,28, total do crédito reclamado R\$53.123,42 (valores históricos).

Destaca que, na defesa apresentada pelo contribuinte, à folha 74, primeiro parágrafo, é mencionado, também, que o contribuinte possui Termo de Acordo Atacadista firmado com a SEFAZ. Acreditamos que estejam referindo-se ao Decreto nº 7799, de 09 de maio de 2000. Conforme consta em documento anexado à folha 11 do presente processo, na ocasião da ação

fiscal, encontrava-se, o contribuinte, na situação “descredenciado” para a “antecipação parcial”, por estar com restrição de crédito, em razão de débito inscrito na “Dívida Ativa”. Ocorre que o “Termo de Acordo” assinado entre a SEFAZ e o Contribuinte, anexado à folha 91, do presente processo, na cláusula segunda, inciso dois, informa que somente fará jus ao tratamento tributário previsto no Decreto nº 7799/00, o contribuinte que “não possua débito inscrito em Dívida Ativa Estadual ou que tenha sócio que seja participante de empresa com débito inscrito na Dívida Ativa Estadual”.

Abaixo, transcreve o artigo 11 do Decreto nº 6.284/97, que regulamenta a fruição ou o reconhecimento de benefício fiscal:

“Art. 11. Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.”

Parágrafo único. O pagamento do imposto, na hipótese deste artigo, será feito com os acréscimos moratórios cabíveis e, se for o caso, multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do prazo em que o tributo deveria ter sido pago caso a operação ou prestação não tivesse sido efetuada com o benefício fiscal, observadas, quanto ao termo inicial da incidência, as normas reguladoras da matéria.”

Considera que o contribuinte faz jus parcial as suas pretensões, pois está de acordo com a redução da base de cálculo mencionada no primeiro parágrafo deste item, com a consequente diminuição do valor do Auto de Infração. Quanto ao benefício fiscal mencionado no segundo parágrafo deste item, o mesmo não ampara as pretensões do requerente, em razão da circunstância que ele (contribuinte) se encontrava (descredenciado), à época desta autuação fiscal.

Quanto à alegação de que o art. 42, § 1º, da Lei nº 7.014/97 determina que o imposto relativo à Antecipação, não será exigido, no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”, destaca que a mercadoria encontra-se sob ação fiscal e o recolhimento do imposto deverá ser feito de acordo com os valores apurados no Auto de Infração. O contribuinte apresentou um DAE, cópia anexa à folha 86, com data posterior a Ação Fiscal, referente ao pagamento intempestivo do ICMS, relativo à antecipação tributária parcial, de mais de uma dezena de DANFES’S, inclusive os 03 documentos fiscais que motivaram esta apreensão. O valor informado no referido documento de arrecadação, R\$11.892,97, é muito inferior ao que deveria ser, em relação aos DANFE’S, que deram causa a esta autuação, se estivesse corretamente calculado.

Entende que, novamente, não procedem os argumentos da autuada.

Requer, por fim, o autuante a manutenção do presente PAF, já corrigido, e o reconhecimento, por parte deste colendo Conselho, da procedência da sua lavratura e atendimento às demais formalidades legais.

VOTO

O presente lançamento de ofício se refere à falta de antecipação tributária, antes da entrada no território desse Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

A ação fiscal, que culminou no presente lançamento de ofício, se verificou no trânsito de mercadorias, com a lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias, constantes às fl. 04 e 05, formalizando o início do procedimento fiscal, conforme art. 21, I do RPAF/BA, bem como na forma do Art. 31-E do RPAF/BA, para documentar a apreensão de mercadorias, que se constitui prova material de infração.

Ocorre que o sujeito passivo alega que o Termo de Apreensão alvo da presente ação fiscal, ocorreu um ano antes da lavratura do Auto de Infração e, como tal, só tinha 30 dias de validade antes da lavratura do aludido Auto de Infração.

Verifico que o sujeito passivo tomou ciência do Auto de Infração em 06/06/2011, lavrado em 24/03/2011, após não ter sido localizado conforme AR, à fl. 24, de 19/04/2011, edital 14/2011. Consta, ainda, que a liberação da mercadoria apreendida ocorreu em 23/03/2011, antes de sua apreensão, pois o Termo de Apreensão consta data de 24/03/2011, com assinatura apenas do autuante, bem como o autuado recebeu o demonstrativo de débito à fl. 02, em 25.10.2012, ou seja, mais de um ano após a apreensão.

Ocorre que, além das inconsistências acima relatadas, o exame dos documentos constantes dos autos, especialmente o Termo de Apreensão, peça indispensável para caracterizar o início da fiscalização e oferecer materialidade às provas necessárias a presente exigência fiscal, apesar de constar no aludido termo à mesma data da lavratura do Auto de Infração, conforme sustenta o autuante, contudo não consta, no mencionado Termo de Apreensão a assinatura do contribuinte ou responsável, ou mesmo, no caso de recusa dos mesmos em assinar, a respectiva declaração.

Não há, também, no aludido Termo de Apreensão caso o sujeito passivo, seu representante ou preposto se recusou a assinar, ou em caso de suas ausências, o necessário termo assinado por duas testemunhas, na forma exigida pelo art. 31-A, inciso § 1º VI, § 2º do RPAF/BA, conforme segue:

Art. 31-A O Fisco Estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:

...
§ 1º - O Termo de Apreensão de que trata o caput deste artigo conterá, dentre outros elementos, as seguintes indicações:

...
VI - o nome e a assinatura do contribuinte, de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa em assinar.

...
§ 2º 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 02 (duas) testemunhas.

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.*

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, em 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, além de documento que determina o início da ação fiscal, 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.

O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das normas de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem as de direito instrumental ou formal, que determinam os atos que devem ser praticados pelo agente fiscal na constituição do crédito.

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 no 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.

Assim, considero o aludido Auto de Infração Nulo com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, tendo em vista que não foram praticados, pelo agente fiscal, todos os atos necessários a eficaz constituição do exigido crédito tributário, não havendo, portanto, no presente lançamento de ofício, os elementos suficientes e necessários à segura caracterização da infração imputada.

Diante 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 **232195.0500/11-1**, lavrado contra **TECNAUT COMÉRCIO DE SISTEMAS DE AUTOMAÇÃO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR