

A. I. Nº - 210716.0917/12-8
AUTUADO - REDE SAT EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ MARIA COTRIM
ORIGEM - IFMT – DAT METRO
INTERNET - 22.10.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0237-04/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. TERMO DE APREENSÃO INEFICAZ. A autuação, efetuada pela fiscalização de mercadorias em trânsito, baseia-se em Termo de Apreensão ineficaz, por não haver ciência do autuado. Além disso, não há evidências de que as mercadorias tenham sido interceptadas no trânsito. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/09/2012, exige ICMS no valor de R\$11.534,63, acrescidos da multa de 60% em decorrência da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado, no mês de setembro de 2012.

Constam dos autos: formulário AUTO DE INFRAÇÃO – MODELO 4, gerado no sistema SEAI, sem a assinatura da empresa autuada (folhas 01 a 03); TERMO DE OCORRÊNCIA FISCAL, sem a assinatura do depositário das mercadorias apreendidas (folhas 04 e 05); 5ª via do CONHECIMENTO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS – SÉRIE ÚNICA (folha 06); DANFE (folha 07); DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – Base de Cálculo e ICMS (folha 12); TERMO DE INTIMAÇÃO PARA PAGAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO OU APRESENTAÇÃO DE DEFESA (folha 15); Impugnação (folhas 19 a 32); informação fiscal (folha 34 a 36).

A autuada apresenta impugnação (folhas 19 a 32), na qual se insurge contra o lançamento efetuado pela fiscalização, apresentando as razões a seguir descritas.

Depois de fazer uma breve referência aos fatos, alega, preliminarmente, que o Auto de Infração 210716.0917/12-8 é nulo de pleno direito por não atender aos ditames do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, cujo texto transcreve.

Afirma que o presente Auto de Infração foi lavrado sem conhecimento da defendente e, assevera, depois de o imposto reclamado já ter sido reclamado (recolhido) ao erário. Transcreve o art. 28, inciso IV e o seu § 2º do RPAF para, em seguida, afirmar que, em momento algum, foi lavrado o Termo de Apreensão, Termo de Depósito ou Termo de Liberação das mercadorias.

Diz que o procedimento adotado pelos postos fiscais de divisa, quando constatado o descredenciamento do contribuinte, é a retenção da mercadoria, ficando, a sua liberação, condicionada ao pagamento do respectivo ICMS. Somente em casos de produtos perigosos ou perecíveis é que ocorre a liberação mediante termo de depósito (depositário fiel), o que, defende, não foi o caso das mercadorias objeto da NF-e 228812, de 05/09/12.

Assegura que o ICMS Antecipação Parcial foi recolhido, imediatamente, na entrada do estabelecimento, como tem sido feito, desde o descredenciamento da defendente pela SEFAZ, por motivo de informação incorreta em documento fiscal (DMA), fato que já foi justificado, informa, mas ainda se encontra em fase de análise para baixa na dívida ativa.

Assim, advoga que o auto de infração foi lavrado e registrado muito após a defendente ter recolhido o imposto. Logo, conclui, a decisão do preposto fiscal da SEFAZ não está fundamentada e transgredir o artigo 28º, inciso IV e § 2º, do mesmo dispositivo legal, configurando-se em nulidade de pleno direito.

Acaso seja ultrapassada a preliminar de nulidade, defende, no mérito, a improcedência da exigência do crédito tributário do Auto de Infração nº 210716.0917/12-8, por ser inexistente.

Num breve histórico dos acontecimentos que levaram à lavratura da peça inaugural, atribui o descredenciamento da autuada a erro nas DMA's de junho de 2011 a dezembro de 2011, quando (no momento da elaboração do documento fiscal de junho de 2011) não foi transcrito o saldo credor acumulado de maio de 2011, resultando em informações divergentes dos livros fiscais, em especial do Registro de Apuração do ICMS, dando origem à suposta omissão de pagamento do ICMS Normal. Detectado o erro, afirma que a empresa retificou as DMA's e justificou a lavratura de ofício de dois débitos declarados, emitidos e inscritos na dívida ativa. Um desses débitos, continua, foi devidamente arquivado pela SEFAZ. No entanto, o outro ainda persiste por se encontrar na PGE, em fase de ajuizamento.

Reitera que não há nenhuma omissão. Não há nenhum débito. A defendente cumpre regularmente suas obrigações com a SEFAZ. Ciente, no entanto, do descredenciamento (decorrente da inscrição dos citados débitos declarados na dívida ativa), passou a cumprir o que determinada a legislação tributária que é recolher antecipadamente o ICMS Antecipação Parcial e fazer com que as mercadorias já saiam do estabelecimento remetente acompanhada do DAE ou, então, recolher de imediato, quando da entrada no estabelecimento, de mercadorias enviadas pelo fornecedor, antes de recolhido o imposto antecipado.

Informa que isto aconteceu exatamente com as mercadorias constantes da NF-e nº 228812. Tão logo deram entrada no estabelecimento, em 11/09/12, foi recolhido o ICMS Antecipação Parcial, conforme faz prova com copia anexa do DAE, acusando o recolhimento, via Banco do Brasil, em 11/09/12.

Explica, assim, a surpresa da defendente, ao receber no seu estabelecimento, em 29/11/12, o Auto de Infração nº 210716.0917/12-8, que provavelmente foi lavrado após ter sido calculado e recolhido o ICMS Antecipação Parcial. Diz que a prova das alegações poderá ser verificada acaso tenha sido lavrado o Termo de Apreensão e o conseqüente Termo de Depósito.

Lembra que, nos casos de lavratura do Termo de Apreensão e o Termo de Depósito, essas peças processuais são lavradas contra o transportador. Por isso, explica, dada a sua responsabilidade ante o Fisco Estadual, o transportador somente entrega a mercadoria mediante liberação pela repartição fazendária, que somente assim procede após apresentação da quitação do imposto devido. Isto, assevera, em momento algum ocorreu.

Afirma que, sendo o transportador a DHL Logistics Brazil Ltda, inscrita no Estado de São Paulo, não lhe seria lavrado Termo de Depósito, a mercadoria somente seria liberada do posto fiscal de divisa após a apresentação da quitação do imposto ou do Auto de Infração, pois é assim o procedimento adotado pelo fisco estadual. Transcreve, em apoio à sua tese, o artigo 31-F do RPAF que trata da matéria, para concluir que a mercadoria não foi apreendida no posto fiscal de divisa, não foi lavrado Termo de Apreensão nem o Termo de Depósito.

Segundo declara, assim que a mercadoria deu entrada no estabelecimento, a defendente obedeceu ao que prevê o § 2º do artigo 28, do Decreto nº 7629/99: recolheu espontaneamente. Logo, defende que não há imposto a reclamar. Não há crédito tributário a ser constituído. O imposto foi calculado e recolhido pela defendente tão logo a mercadoria deu entrada no seu estabelecimento.

Arremata, afirmando que o Auto de Infração é nulo por não atender às prerrogativas do artigo 28º, Inciso IV, do Decreto nº 7629/99. Também é improcedente por não observar o disposto no § 2º do artigo 28, do mesmo diploma normativo.

Diante de tudo quanto foi exposto, requer a nulidade do Auto de Infração nº 210716.0917/12-8 ou sua improcedência.

O autuante presta a informação fiscal (folhas 34 a 36), afirmando que a argumentação da autuada não merece acolhida.

Quanto à preliminar de nulidade, afirma que a defendente baseia a sua argumentação defensiva na falta de lavratura do termo de apreensão e ocorrências, o que se revela mero equívoco, como se pode observar das fls. 04 e 05 do presente, pois lá está acostado o referido termo, atendendo todos os requisitos legalmente exigidos, inexistindo, pois, a nulidade apontada.

Quanto à suposta transgressão ao art. 28 inc. IV § 2º, assevera que esta não passa de mais um equívoco, desta vez de interpretação, por parte da defendente, que entende estar autorizada ao recolhimento do tributo dentro do prazo de 30 dias ali assinalado, sem a imposição de acréscimos ou multa.

Advoga que o prazo constante do dispositivo legal supra mencionado é para que se efetue o lançamento, através do auto de infração, para a exigência do imposto decorrente do fato apontado no termo de ocorrência fiscal, sendo devolvida a espontaneidade do pagamento ao contribuinte, para a hipótese em que, expirado o prazo, não se tenha efetivada a lavratura do competente auto de infração. Não é o que ocorreu no presente PAF.

Narra que o termo de ocorrência foi lavrado no dia 09/09/2012 às 20:14 h, (fls. 04) sendo gerado o auto de infração no mesmo dia às 20:50 h (fls. 01), ou seja, ainda dentro do prazo apontado para a validade do termo. Conclui, portanto, que não há o que se falar em nulidade por falta de termo de ocorrência e apreensão, vez que este se encontra acostado no presente PAF às fls. 04 e 05, sendo insubsistente a nulidade preliminarmente apontada, muito menos há que se falar em devolução da espontaneidade do recolhimento ao contribuinte, já que o auto de infração foi lavrado antes dos 30 dias previstos no artigo regulamentar retro mencionado.

Combatida a impertinência da preliminar suscitada, afirma, no mérito, que o lançamento decorreu do fato de a empresa autuada estar descredenciada no cadastro estadual de contribuintes, como comprova o documento de fls. 08, fato reconhecido pela autuada na sua peça defensiva, sendo, portanto, incontroverso.

Entende que, a despeito de todo o arrazoado em seu enfrentamento do mérito, a defendente nada mais faz do que confessar a infração ao afirmar que “Tão logo deram entrada no estabelecimento, em 11/09/12, foi recolhido o ICMS Antecipação Parcial...”, fazendo juntar, à fl. 26, cópia do DAE e seu respectivo comprovante de pagamento.

Alega que o momento para o pagamento do ICMS por Antecipação Parcial é antes da entrada das mercadorias no território baiano, nos termos do art. 332, inc. III alínea “b” do dec. 13.780/12 RICMS. Diz que desde o dia 09/09/2012 o contribuinte já se encontrava sob ação fiscal, como se pode observar pelo termo de ocorrências bem como pelo auto de infração. Foi, justamente, por não ter efetivado, tempestivamente, o pagamento do imposto devido a título de Antecipação Parcial que se deu a autuação. Aliada a isso, a juntada do DAE com o recolhimento em data posterior à lavratura do auto, referente à mesma operação, só vem corroborar, segundo defende, a confissão do contribuinte de que não havia recolhimento prévio como determina a legislação tributária.

Assim, conclui, o comprovante de pagamento, juntado à fl. 26, nada mais é do que um indício da ocorrência da infração, ou seja, mais uma confissão, desta vez tácita, da prática da conduta infratora, e como tal deve ser tratado. Isto posto, sendo incontroverso o fato apontado como infração no auto, aliado às confissões tácitas e expressas do contribuinte do cometimento destas, requer que seja o auto de infração julgado PROCEDENTE.

VOTO

Em sede de preliminar, a autuada alega, em sua impugnação, que não tomou conhecimento da constituição do crédito tributário até o dia 11/09/2012, data em que procedeu ao recolhimento do seu valor mediante DAE, cuja cópia se encontra acostada à folha 26. O autuante, em sua

informação fiscal, atribui a alegação a um equívoco, fazendo referência ao Termo de Ocorrência Fiscal, às folhas 04 e 05.

Para deslinde da questão preliminar suscitada pela autuada, passo ao exame das provas com vistas a aferir se houve o cumprimento das formalidades essenciais à feitura do lançamento do crédito tributário, nos termos do art. 31-A do RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99, bem como para aferir se há provas de que a empresa tenha tomado conhecimento da ação fiscal.

Examinando o teor do Termo de Ocorrência Fiscal (mais especificamente a folha 05), é possível constatar que o referido documento não apresenta a identificação do cadastro e do nome do preposto fiscal responsável pelo ato, em que pese haja a sua assinatura, o que contraria o disposto no inciso V, do § 1º do art 31-A do RPAF, reproduzido abaixo, *in verbis*:

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

I- os bens móveis, inclusive semoventes, em trânsito ou existentes em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de cooperativa ou de responsável tributário, que constituam prova material de infração à legislação fiscal;

...

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

...

V- o nome, o cadastro (grifo acrescido) e a assinatura do funcionário fiscal;

...”

Não bastasse a irregularidade acima apontada, o exame da folha 05 do documento já citado revela, igualmente, a ausência de assinatura do autuado, bem como da data em que tomou ciência do início da ação fiscal desencadeada, o que descumpre, agora, o inciso VI do mesmo dispositivo regulamentar, reproduzido a seguir:

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

I- os bens móveis, inclusive semoventes, em trânsito ou existentes em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de cooperativa ou de responsável tributário, que constituam prova material de infração à legislação fiscal;

...

§ 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. (grifo acrescido)

...”

O Termo de Apreensão e Depósito de Mercadorias, documento hábil a comprovar o início da ação fiscal (nos termos do art. 26, inciso I do RPAF), carece, assim, de um requisito essencial à sua emissão válida, que é a assinatura do contribuinte. Perde, com isso, a sua aptidão a produzir os seus efeitos próprios, dentre os quais a inibição da espontaneidade do recolhimento do imposto.

Ademais, não há evidências processuais de que a mercadoria tenha sido, efetivamente, interceptada no trânsito de mercadorias, já que a via retida do conhecimento de transporte é a quinta (via do fisco).

Toda a documentação fiscal acostada ao presente processo se ressentir de elementos probatórios reveladores de que a impugnante tenha sido cientificada da operação, ou seja, de que tenha ocorrido a inibição da espontaneidade do recolhimento do ICMS.

O autuante não se desincumbiu do seu ônus probatório em provar a constituição válida de crédito tributário, contrapondo-se à alegação defensiva relativamente ao fato impeditivo do seu direito de lançar, qual seja, a ausência de identificação do contribuinte.

Deve-se, em conseqüência, reconhecer o vício do lançamento, comprometendo a lisura do crédito tributário reclamado.

Diante do exposto, julgo NULO o 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 210716.0917/12-8**, lavrado contra **REDE SAT EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA