

A. I. N° - 232195.0028/13-7
AUTUADO - TECNAUT COMÉRCIO DE SISTEMAS DE AUTOMAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 13.08.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0158-04/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Falta de ciência do sujeito passivo no Termo de Ocorrência Fiscal, bem como ausência de lavratura de termo específico ao caso concreto previsto no art. 28 do RPAF/99. Vício formal. Ineficácia da acusação fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/11/2013, reclama ICMS no total de R\$32.438,11, decorrente da "falta de recolhimento do ICMS referente à falta de antecipação tributária parcial ou total, conforme o caso - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou sem destinatário certo". Multa proposta de 60%. Infração 54.05.08.

O sujeito passivo interpõe impugnação, às fls. 31/35. Afirma ser nulo o auto de infração em tela por ausência de elemento essencial, sendo, portanto, indevida a cobrança efetuada, conforme já decidido nos autos do AI n° 232195.0500/11-1, pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que trata do mesmo fato ora imputado. Traz a Ementa e Resolução para provar seu argumento.

Aponta equívoco na autuação por não existir fato gerador da infração descrita, em virtude de ter sido recolhido o imposto cobrado e, sobretudo, por ser signatário de Termo de Acordo, cuja redução da base de cálculo nas operações de saída estende-se ao cálculo da antecipação parcial do ICMS. Transcreve o art. 352-A do Regulamento do ICMS vigente, para justificar seu entendimento. Assevera ser absolutamente ilegal a cobrança efetuada, em razão do pagamento espontâneo realizado.

Requer, por fim, a nulidade e improcedência do auto de infração, além de diligência para análise da escrita contábil com intuito de comprovar sua alegação.

Presta o autuante informação fiscal à fl. 50. Assevera sua insurgência contra a decisão da 5ª JJF, que resultou na nulidade do processo em virtude da consideração da ausência de Termo de Apreensão eficaz, quando da lavratura do AI n° 232195.0500/11-1, fls. 9/10, bem como quanto à repercussão negativa para a Fazenda Pública Estadual. Afirma que o impugnante não apresenta prova ou evidência para elidir a acusação fiscal e requer a procedência do lançamento realizado.

VOTO

Decorrente de substituição ao AI n° 232195.0500/11-1, devido à nulidade, o presente processo não cumpre o disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, notadamente, o art. 26.

A emissão do Termo de Ocorrência Fiscal de n° 232195.0038/13-2, fl. 3, com destaque da falta de ciência do autuado, não é o previsto para iniciar o procedimento fiscal em tela, por não se configurar como atividade de fiscalização no trânsito de mercadorias, pela ausência do atributo da instantaneidade. Este Termo está indicado para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos, conforme art. 28, inciso IV-A, da norma regulamentar em vigor, o que não ocorre no

presente PAF. Destarte, os instrumentos para consubstanciar o devido procedimento fiscal deveriam ser o Termo de Início de Fiscalização ou o Termo de Intimação e o Termo de Arrecadação, observando, inclusive, os comandos dos arts. 26, 28 e 29 do RPAF/99.

Registre-se, também, a falta de ciência do sujeito passivo, diante da lavratura do novo Auto de Infração, modelo 4, de 20/11/2013.

No arcabouço demonstrado, percebe-se, então, a infringência quanto ao devido processo legal administrativo.

A questão posta possui entendimento, conforme decisões da 1ª Instância Administrativa do CONSEF, a seguir demonstradas:

Voto do Acórdão A-0141-05/13 – Rel. Tolstoi Nolasco.

“Analisando o processo, constato que o Auto de Infração em julgamento foi lavrado em 24/04/2012, e decorreu da nulidade de Auto de Infração anterior, lavrado em 08/01/2010(fl.s.08/10) com respectivo termo de apreensão à fls. 11/12. O autuante substituiu o Termo de Apreensão inicial, lavrando um novo à fls. 05/06, apenas com a sua assinatura, sem a ciência do autuado.

Vejamos o que diz o RICMS vigente à época dos fatos, a respeito da exigência formal do termo de apreensão de mercadorias:

Art. 945. 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.

Parágrafo único. Tratando-se de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se no prazo de 30 dias não for lavrado o Auto de Infração correspondente, considerando-se encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.

Assim, está configurado que a lavratura do termo de apreensão constitui prova material do fato apurado, sendo imprescindível no auto de trânsito de mercadorias para comprovação efetiva da ocorrência do fato gerador, constituindo-se em formalidade essencial ao lançamento tributário no trânsito de mercadorias.

Quanto aos requisitos formais do termo de apreensão, vejamos, entre outros, o que dizia a legislação vigente:

Art. 940. O fisco estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:

I – (...)

§ 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 duas testemunhas.

Constato que o Termo de Apreensão não contém a assinatura do autuado, pois claramente se trata de refazimento de ação fiscal quase 03 anos depois da ocorrência do fato gerador. Assim, tanto em questão de fato, como também de Direito, não há mais comprovação efetiva da apreensão da mercadoria.

O termo de ocorrência e apreensão é elemento indispensável para caracterizar a materialidade do fato gerador e o termo aqui apresentado é desprovido de qualquer validade, e, portanto, desprovido também de eficácia jurídica, não podendo gerar efeitos. Tal situação equivale a não haver termo algum.

O Auto de Infração de trânsito se caracteriza pela sua instantaneidade, prova disso é que a legislação é clara quanto à inadmissão de ulterior apresentação de documentação fiscal em caso de mercadoria desacompanhada de documentos fiscais. Ou se apresenta no momento da ação fiscal ou não terá validade em momento posterior, e até a lavratura do termo de apreensão, que configura o início da ação fiscal de trânsito, possui eficácia limitada ao período 30 dias, nos termos do art. 945 do RICMS/BA 97. Ultrapassando-se este período, perde-se a validade. No caso presente, o termo foi lavrado novamente quase 03 anos depois do fato, em 17/11/2012, sem assinatura do autuado, como se a sua exigência no processo fosse mera formalidade e desprovida de efeitos jurídicos.

A situação aqui presente demanda ordem de serviço de fiscalização de estabelecimento, não podendo ser renovada a ação fiscal de trânsito, uma vez que os elementos probatórios da citada ação se encontram disponibilizados no estabelecimento da empresa, ao alcance de fiscalização, não podendo ser lavrado um auto de trânsito onde se procura reconstituir de forma fictícia, um fato que ocorreu em passado remoto.

Analizando a jurisprudência deste Conselho de Fazenda, constato que não há acolhida para o refazimento de ações fiscais de trânsito, pelas razões já apontadas neste voto, a exemplo do ACÓRDÃO JJF Nº 0121-03/12, de lavra da eminente Relatora Alexandrina Natália Bispo dos Santos, do qual tiro o seguinte excerto:

Compulsando os autos, vejo que o citado termo de apreensão era parte integrante do Auto de Infração de nº 232278.0012/09-8, julgado nulo pelo CONSEF conforme acórdão da 3ª JJF, com recomendação do julgador de refazimento do feito, com fundamento no artigo 156 do RPAF/BA.

Observe, portanto, que este Auto de Infração trata-se de um novo procedimento fiscal e como tal deveria obedecer aos ditames legais no que se refere às formalidades requeridas nos termos do art. 28 do RPAF/99. Embora o Auto de Infração tenha sido lavrado no modelo 4, relativo à fiscalização de mercadorias em trânsito, o presente lançamento não se trata mais de Auto de Infração de trânsito. O presente Auto de Infração de nº 232278.0014/11-2, não substitui o Termo de Apreensão nº 232278.0029/09-8, que deu respaldo ao Auto de Infração anterior julgado nulo, conforme registra o autuante na descrição dos fatos. Tampouco o termo de ocorrência, nº 232278.0020/11-2 o substitui, visto a mercadoria já não se encontra apreendida como prova do ilícito cometido pelo autuado”.

E segue.

“No ACÓRDÃO JJF Nº 0121-05/13 de magnífica e esclarecedora lavra do Relator Ângelo Mário de Araujo Pitombo, ele assim expôs em seu voto, em caso similar ao que aqui está e discussão, do qual transcrevo também o núcleo do entendimento do julgamento no supracitado acórdão:

O exame dos elementos constantes dos autos permite se verificar que a renovação do procedimento fiscal contrariou o quanto recomendado pela aludida Decisão, pois repetiu a lavratura do Auto de Infração modelo 4 (trânsito de mercadorias), fundamentando-se em Termo de Ocorrência Fiscal, datado de 09/01/2010, relativo a fatos ocorridos em 02/01/2010, 04/12/2010, 08/01/2010, 08/01/2010, sem instaurar o novo procedimento fiscal, conforme decidido pela Câmara, no estabelecimento do contribuinte, ou seja, aplicando os procedimentos fiscais inerentes a infração em estabelecimentos.

O autuante renovando o procedimento fiscal lavrou um novo termo de Ocorrência Fiscal nº 210413.0007/12-9 onde não consta a ciência do contribuinte ou de seu representante legal, mencionando que o citado termo substitui o Termo de Apreensão nº 2109430003/10-3, lavrado em 04/01/2010. O citado termo de apreensão substituído pelo atual era parte integrante do Auto de Infração de nº 232267.0012/09-3, julgado nulo pelo CONSEF conforme acórdão da 1ª Câmara, nº 0179-11/11, já mencionado, com recomendação de instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte, a fim de verificar o recolhimento do tributo relativo à operação objeto do presente lançamento de ofício.

O refazimento do Auto de Infração, conforme decidido pela 1ª Câmara, não é possível através dos procedimentos fiscais adotados no trânsito de mercadorias, pois os fatos, alvo do lançamento nulo, não são mais tempestivos, já se esgotaram, na medida em que não há mais a circulação da mercadoria que gerou a sua anterior apreensão e a emissão de um novo Termo de Apreensão não reflete esta efetiva ação, que é a apreensão da mercadoria, não servido, assim, como prova material necessária”.

No mesmo sentido, tem-se a ementa do Acórdão A-0132-05/12, da 5ª JJF Junta de Julgamento Fiscal:

**“5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0132-05/13**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO NA OPERAÇÃO PRÓPRIA.

Constato que o termo de apreensão não contém a assinatura do autuado, pois claramente se trata de refazimento de ação fiscal quase 03 anos depois da ocorrência do fato gerador. Assim, tanto em questão de fato, como também de Direito, não há comprovação efetiva da apreensão da mercadoria. O termo de ocorrência e apreensão é elemento indispensável para caracterizar a materialidade do fato gerador na infração de trânsito de mercadorias, e o termo aqui apresentado é desprovido de qualquer validade, e, portanto, desprovido também de eficácia jurídica, não podendo gerar efeitos. Tal situação equivale a não haver termo algum. Infração nula. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime”.

Dessa forma, resta evidenciado o descumprimento do devido processo legal na acusação fiscal adotada, diante da ausência da ciência do Termo de Ocorrência Fiscal, bem como a falta de lavratura de termo específico ao caso concreto previsto no art. 28 do RPAF/99, quais sejam Termo de Início de Fiscalização ou o Termo de Intimação e o Termo de Arrecadação, motivos que remetem à nulidade do PAF.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232195.0028/13-7**, lavrado contra **TECNAUT COMÉRCIO DE SISTEMAS DE AUTOMAÇÃO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO– RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR