

PROCESSO	- A. I. 213080.0006/19-3
AUTUADA	- ESPIRAL ANDAIMES E ESTRUTURAS TUBULARES LTDA.
AUTUANTE	- ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM	- IFMT METRO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 02.12.2019

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0219-02/19

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4, específico sem o competente Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal. Inobservância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício, uma vez que, sendo ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. Sendo o lançamento de crédito tributário ato vinculado, deve a autoridade fiscal agir nos estritos termos da legislação e em observância às regras de direito formal, sendo nulo o lançamento de ofício com preterição de aspectos essenciais, inclusive sob o ponto de vista formal, como o Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, como no caso em apreço. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 09 de janeiro de 2019 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$34. 290,00, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **62.01.02.** O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação, inclusive optante pelo simples nacional, que não efetuou o recolhimento do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista no EC nº 87/2015, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado.

Consta a seguinte descrição dos fatos pela autuante: “*Mercadorias destinadas para contribuinte não inscrito. EC 87/15. DANFE n.º (13415)*”. (Mantida a grafia original).

Tempestivamente, a autuada, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento, constante às fls. 23 a 36, onde, inicialmente, descreve os fatos narrados na autuação, a forma de cálculo utilizada pela autuante, para arrematar que a autuação não há que subsistir, uma vez que as operações referenciadas se tratam de deslocamento de bens entre matriz e filial da mesma pessoa jurídica, o que, nos termos da jurisprudência pátria não constitui fato imponible de ICMS, ainda que se enquadrassem no conceito de mercadoria, como dispõe a Súmula 166 do STJ.

Garante que nenhum dos bens transmitidos entre os estabelecimentos consiste em “mercadoria destinada a consumidor final”, tratando-se de bens empregados em sua atividade comercial, qual seja, locação e montagem de andaimes e estruturas tubulares, inexistindo qualquer ato de mercancia – troca de titularidade – que justificasse a tributação pelo ICMS.

Esclarece que a operação autuada versou acerca de transferência entre o estabelecimento matriz e sua filial localizada no município de Simões Filho, Bahia, conforme indicado no documento fiscal, ainda que tenha havido equívoco do funcionário responsável pela sua emissão, que ao invés de caracterizar a operação como “*remessa entre filiais*”, a caracterizou como “*transferência de material de uso e consumo*”, uma vez que os bens são utilizados na sua atividade comercial de montagem de andaimes e estruturas tubulares.

Reitera o entendimento jurisprudencial, especialmente do STJ quanto à não incidência do ICMS nas operações de simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, consoante transcrição.

Traz, da mesma forma, o entendimento do STF a respeito, reproduzindo decisão do Ministro Teori Zavascki no ARE 746349, além de decisões do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Esclarece ser empresa tradicional no Espírito Santo, com vários anos de atuação na locação de andaimes e escoramento metálico, possuindo filiais em vários estados, não sendo contribuinte do ICMS, de acordo com cláusula do contrato social colacionado, trazendo, de igual forma, consulta pública do SINTEGRA acerca do estabelecimento do estado da Bahia.

Aduz possuir inúmeras relações contratuais para atender obras neste estado, trazendo trecho de contrato de locação celebrado com cliente, para demonstrar a afirmação acima, bem como nota fiscal avulsa emitida para o canteiro de obras de seu cliente.

Garante estar anexando “Catálogo Técnico dos Andaimos e Estruturas Tubulares”, de forma a demonstrar que os itens autuados são equipamentos destinados a andaimes, na forma da NCM indicada (7308.40.00).

Desta maneira, requer a improcedência do lançamento, acostando documentos de fls. 36 a 116.

Informação fiscal prestada pela autuante, às fls. 117 e 117-v, aponta que o Auto de Infração foi lavrado de forma correta, obedecendo aos dispositivos legais pertinentes do RICMS, tanto os formais, quanto os materiais, visando a exigência de tributo devido pela operação, vez que destinavam bens para contribuinte não inscrito, consumidor final.

Aponta ter a própria empresa autuada reconhecido que a natureza da operação consignada no documento fiscal que acobertou o transporte das mercadorias, enseja a incidência de imposto, e que, havendo erro na emissão do documento fiscal, este deveria ser cancelado, e não acobertar o trânsito dos bens, motivo pelo qual mantém a autuação.

## VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Antes de qualquer apreciação defensiva, permito-me observar fato que tenho como relevante para o deslinde do julgamento.

O Auto de Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias, inclusive constam, nos fólios, o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga emitido pela transportadora (fl. 04), bem como documento do condutor do veículo (fl. 09), sendo tal fato, qual seja a apuração de provável infração quando do trânsito da mercadoria, inegável.

Entretanto, para a constituição do crédito tributário de forma válida, a legislação estadual, especialmente o RPAF/99, estabelece algumas condições, que acaso não atendidas, trazem consequências.

Uma delas se encontra contida no artigo 28 do mencionado diploma regulamentar, o qual assim determina:

### “SEÇÃO III

#### DOS TERMOS E DOS DEMAIS ATOS QUE FUNDAMENTAM OU INSTRUEM A AÇÃO FISCAL

Art. 28. 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:

(...)

IV - 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;

IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos”.

Os comandos “**lavrará**” e “**determinará**”, contidos no *caput* do artigo referido são impositivos, não deixando qualquer alternativa outra que não seja o de executá-los.

A autuante, quando da ação fiscal, não lavrou quer o Termo de Apreensão de Mercadorias, quer o Termo de Ocorrência Fiscal, os quais, na forma vista acima, se apresentam como fundamentais para a validade do lançamento.

Ressalte-se que a função fiscalizadora para verificação do cumprimento de obrigação tributária, deverá estar sempre estribada em um Termo que se preste a fundamentar ou instruir a ação fiscal. Na fiscalização de trânsito de mercadorias, o Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal), Liberação ou 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, especificamente no acima visto artigo 28, incisos IV IV-A, e § 4º, combinado com o artigo 29 do RPAF/99.

E isso não se constitui em preciosismo, e sim, aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário, sendo que, no presente caso, como o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, teria de ser precedido forçosamente da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio, conforme retro mencionado.

Não o fazendo, a autuante concorreu para que o lançamento se tornasse nulo por inobservância do devido procedimento legal, conforme artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99.

Pelos expostos motivos, de ofício, julgo o lançamento nulo, ficando prejudicada a apreciação das questões de mérito trazidas no bojo da defesa apresentada.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº. **213080.0006/19-3** lavrado contra **ESPIRAL ANDAIMES E ESTRUTURAS TUBULARES LTDA.**

Sala de Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR