

**A. I. Nº** - 089598.0301/02-2  
**AUTUADO** - CNM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.  
**AUTUANTE** - ROBERTO BASTOS OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ GUANAMBI  
**INTERNET** - 02.09.03

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0322/01-03**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. TERMO DE APREENSÃO INVÁLIDO. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. O Auto de Infração que objetive o lançamento de tributo deve basear-se em Termo de Fiscalização ou em Termo de Apreensão. Neste caso, houve uma simulação de apreensão, sem que de fato fosse apreendida coisa alguma. O procedimento foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 16/3/02, acusa a falta de comprovação da saída de mercadoria do território baiano, a qual transitou acompanhada de Passe Fiscal que se encontra em aberto, fato que autoriza a presunção de que tenha ocorrido sua entrega neste Estado. Trata-se do Passe Fiscal 414142-3, emitido em face da Nota Fiscal 3977 da empresa Indústria e Comércio de Refrigerantes Montes Claros Ltda. ICMS exigido: R\$ 1.615,68. Multa: 100%. A defesa reclama que o fisco não entregou ao autuado cópia do Passe Fiscal mencionado no Auto de Infração, cerceando assim o seu direito de defesa. Reclama que em nenhum momento teve conhecimento do aludido documento, pois recebeu por via postal apenas o Auto de Infração e o Termo de Apreensão. Também protesta pelo fato de as mercadorias em trânsito terem sido apreendidas, tendo o fisco nomeado como depositário o fiscal autuante. Considera que a ação fiscal afronta a Constituição e se distancia da lógica e da razão. Acusa o fisco de estar fazendo arresto extrajudicial. Não estaria sendo seguido o devido processo legal. Cita diversos julgados judiciais para demonstrar que o Judiciário considera ilegal a apreensão de mercadorias com o fito de receber tributo coercitivamente. Dá destaque à Súmula 323 do STF, que considera inadmissível a apreensão de mercadorias quando a apreensão visa coagir o sujeito passivo a pagar tributo. Renova o protesto de que houve cerceamento de defesa, pois não lhe foi entregue cópia do Passe Fiscal. Requer o cancelamento do Auto de Infração e a liberação das mercadorias. Pede que as correspondências sejam enviadas para o endereço indicado no final da petição. A auditora designada para prestar a informação fiscal considera que não houve cerceamento de defesa, pois esta foi recebida. Diz que consta nos autos cópia do Passe Fiscal. Comenta que a apreensão de mercadorias é procedimento de praxe da fiscalização, “enquanto se apura a responsabilidade pelo ilícito fiscal”. A seu ver, foi seguido o devido processo legal. Explica que, neste caso, as mercadorias foram “retidas no posto fiscal para identificação do infrator”. Conclui considerando que há prova nos autos de que as mercadorias não foram entregues ao destinatário indicado no documento fiscal.

O processo foi pautado para julgamento na sessão de 31/3/03, sendo decidido por esta Junta que se remetesse os autos em diligência para que fosse fornecida ao sujeito passivo cópia do Passe Fiscal

414142-3 e para que o autuado fizesse prova de que as mercadorias foram realmente entregues ao destinatário indicado na Nota Fiscal 3977.

O representante legal da empresa, atendendo à intimação, juntou instrumento informando que as mercadorias foram apreendidas e postas sob a guarda e responsabilidade do Posto Fiscal Jaime Baleeiro, sendo fiel depositário o auditor fiscal Roberto Bastos Oliveira. Conclui dizendo que, se as mercadorias estão apreendidas e sob a guarda e responsabilidade do próprio fisco, não cabe nenhuma presunção de que saíram da Bahia.

## VOTO

O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. A fiscalização não pode saltar por cima das regras de direito material e formal estipuladas nas leis e regulamentos.

No presente caso, tem toda razão a defesa quando protesta que não foi seguido o devido processo legal. Primeiro, porque, contrariando o art. 960, § 2º, V, do RICMS/97, não foi entregue cópia do Passe fiscal ao sujeito passivo – isso foi alegado com veemência pela defesa, e na informação fiscal o fato não foi negado. Segundo, porque, em afronta ao inciso III do mesmo parágrafo, não foi lavrado Termo de Fiscalização. Terceiro, porque, infringindo o inciso VI, houve uma simulação de apreensão de mercadorias, sem que de fato fosse apreendida coisa alguma.

Vou repassar esses três aspectos com mais vagar. O Auto de Infração faz referência ao Passe Fiscal nº 414142-3, seguindo-se a expressão “conforme cópia anexa”. Por conseguinte, o referido Passe Fiscal é *parte integrante* do Auto de Infração. Se é parte integrante do Auto de Infração, no ato da intimação teria, forçosamente, de ser entregue ao sujeito passivo cópia do aludido instrumento, que constitui o *cerne*, o *fundamento material* da autuação.

Nos termos do art. 960, § 2º, V, do RICMS/97, é estabelecido, claramente, que, “na autuação, serão fornecidas ao sujeito passivo cópias do Passe Fiscal de Mercadorias, do Termo de Fiscalização e dos demais elementos que integrem o Auto de Infração”.

Se o único vício do procedimento fosse a falta de entrega de cópia do Passe Fiscal, esse vício seria saneável, mediante reabertura do prazo de defesa, com entrega de cópia do aludido instrumento, o que, aliás, foi feito, haja vista que, mediante diligência determinada por esta Junta, foi mandado que a repartição fornecesse cópia do Passe Fiscal ao sujeito passivo. Na mesma diligência, foi solicitado que se intimasse a empresa para que fizesse prova de que as mercadorias realmente foram entregues ao destinatário indicado na Nota Fiscal 3977, tendo o autuado informado, em resposta, que as mercadorias se encontram apreendidas no Posto Fiscal Jaime Baleeiro.

É preciso não confundir as mercadorias que se encontravam em trânsito quando da lavratura deste Auto de Infração, em 16/3/02, com as mercadorias objeto do Passe Fiscal em lide, que transitaram em 27/2/02. As mercadorias em trânsito quando da lavratura do Auto não poderiam ser apreendidas, haja vista que o RICMS/97, no art. 960, § 2º, VI, de forma expressa, declara que o fisco não pode apreender a carga transportada sob pretexto de exigência do imposto ou multa relativos à ocorrência anterior. Por outro lado, as mercadorias objeto do Passe Fiscal não tinham, física ou materialmente, como serem apreendidas, pois o seu paradeiro é desconhecido.

No Termo de Fiscalização às fls. 5-6, o fisco simulou uma apreensão, porém na verdade não foi apreendida coisa alguma. No campo “Relação das Mercadorias Apreendidas” consta que teriam sido apreendidos 1.200 fardos de refrigerantes Pet de 2 litros. Estas são as mercadorias relativas à Nota Fiscal 3977 de Indústria e Comércio de Refrigerantes Montes Claros Ltda., nota esta que constitui o objeto do Passe Fiscal 414142-3. Ocorre que, por motivos óbvios, o fisco não tinha como apreender

tais mercadorias, pois o Auto de Infração apura, precisamente, o destino incerto das mesmas, já que o Passe Fiscal se encontrava pendente. É impossível apreender algo cujo paradeiro se desconhece. Desse modo, o Termo de Apreensão contém dados irreais, e por conseguinte é nulo.

Além do mais, prevê o inciso III do § 2º do art. 960 do RICMS/97 que, para exigência do imposto na situação deste Auto, “será lavrado Termo de Fiscalização, seguido de Auto de Infração”. Isso não foi observado pelo nobre autuante – não foi lavrado o Termo de Fiscalização exigido pelo Regulamento.

Conclusão: o Auto de Infração que objetive o lançamento de tributo deve basear-se em Termo de Fiscalização ou em Termo de Apreensão; se não foi lavrado Termo de Fiscalização, como manda o art. 960, § 2º, III e V, do RICMS/97, e se o Termo de Apreensão é nulo, pelas razões expostas, nulo também é o procedimento fiscal.

A repartição examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se antes de nova ação fiscal o contribuinte sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

As intimações devem ser enviadas para o endereço indicado no final da petição de defesa.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **089598.0301/02-2**, lavrado contra **CNM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.**, devendo as intimações serem enviadas para o endereço indicado no final da petição de defesa.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA