

**PROCESSO** - A. I. N° 299689.0161/08-1  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - COMERCIAL CASA DO FERMENTO LTDA. (CASA DO FERMENTO)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFRAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 06/03/2009

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0009-12/09

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja decretada a nulidade do Auto de Infração por conter vício insanável no procedimento fiscal. É nulo o procedimento fiscal onde existe incompatibilidade entre o fato constatado e o cálculo do imposto. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, II, e seu § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e art. 31-A, inciso I, da Lei nº 8.207/02. Dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, propõe esta Procuradoria Fiscal que seja decretada a nulidade do lançamento fiscal tendo em vista a presença de vício insanável no procedimento fiscal.

Relatou a PGE/PROFIS que o Auto de Infração foi lavrado em 29/07/2008 pela constatação do trânsito de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, tendo sido aplicada multa prevista no art. 42, XIV-A, "a", da Lei nº 7.014/96. Não havendo impugnação ao lançamento fiscal, o processo foi considerado revel e encaminhado à inscrição em Dívida Ativa. Entretanto, ao analisar as peças processuais, aquele Órgão Jurídico constatou que o fato apurado foi o trânsito de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal e não venda de mercadorias sem emissão de nota fiscal, fato esse que conduz à exigência do ICMS e não a aplicação de multa, já que as mercadorias constantes no Termo de Apreensão devem ser consideradas clandestinas. E, prosseguindo, ser exigida a obrigação principal acrescida de multa de 100%, conforme prevê o art. 42, IV, "a", da Lei nº 7.014/96.

Em vista do exposto, entendeu não restarem dúvidas acerca da presença de vício insanável no procedimento fiscal, ante a desconformidade entre a descrição fática e o enquadramento legal.

Ressaltou que vício insanável "*é a qualidade atribuída ao defeito ou à falta que, atacando o ato, o torna nulo e inoperante, não permitindo qualquer remoção ou suprimento da falta ou defeito, ou tornando impossível a sua repetição*". Entretanto, esta anulação é um ato que obedece a uma série de regras legais, dentre as quais, ressaltou a observância ao princípio do aproveitamento dos atos praticados, em razão "*do que se pode aproveitar o ato no todo, ou em parte, evitando-se o retrocesso procedural por causa de eventual nulidade*". Em assim sendo, existe a possibilidade de aproveitamento do competente Termo de Apreensão que materializou o trânsito de mercadorias sem documentação fiscal para renovação, livre de erros, da autuação.

Submeteu o presente Parecer ao crivo da chefia da Procuradora Fiscal.

A procuradora, Dra. Maria Olívia T. de Almeida, ratificou os termos do Parecer jurídico emitido (fl. 20) já que as provas constantes dos autos não guardam relação com a infração apontada. Submeteu seu Parecer ao crivo do Procurador Assistente do Setor Extrajudicial da PROFIS que ratificou todos os fundamentos legais expostos (fl. 21).

### VOTO

Nos termos do art. 113 do RPAF, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle de legalidade em momento anterior à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, veio ela representar a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja julgado nulo o presente Auto de Infração por estar comprovado vício insanável no procedimento fiscal.

O Auto de Infração foi lavrado tendo em vista a fiscalização do trânsito de mercadorias ter encontrado, na posse do sócio da empresa, mercadorias desacompanhadas de nota fiscal. Como acusação identificou que o estabelecimento estava realizando operações sem a emissão do documento fiscal e aplicou ao sujeito passivo uma multa de cunho acessório no valor de R\$690,00, conforme disposições contidas no art. 42, inciso XIV-A, “a”, da Lei nº 7.014/96.

No Termo de Apreensão de Mercadorias nº 138322 consta que “*trata-se de operação realizada com mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, encontradas em trânsito na cidade de Ilhéus no bairro N. Sra. das Vitórias no veículo abaixo citado*”. As mercadorias foram as seguintes: fermento seco e fresco, fubá de milho, coco ralado, aditivo, reforçador e adopan.

Por este relato, o que ficou provado é que as mercadorias se encontravam em trânsito desacompanhadas de documentação fiscal e não que houve operação de comercialização sem emissão de documento fiscal. Ou seja, a multa de cunho acessório aplicada pela autuante se encontra em desacordo com o fato constatado, pois a lei determina que ela é aplicável quando for identificada a realização de operações sem a emissão da documentação fiscal correspondente e não pelo transporte de mercadorias.

Neste sentido concordo com o opinativo da PGE/PROFIS quando disse que os fatos descritos conduzem à exigência do ICMS, com aplicação da multa de 100%, conforme dispõe o art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, já que a legislação tributária estadual não dar o direito ao contribuinte de comercializar sem nota fiscal. A lei nº 7.014/96 é expressa neste sentido, quando determina:

*Art. 40 – Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das prevista no art. 42 desta Lei.*

.....

*§ 3º. A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver desacompanhada de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidôneo, como definidos em regulamento.*

Em assim sendo, somente posso acolher a Representação da Procuradoria Fiscal, quando aponta vício insanável no procedimento fiscal, pois a matéria fática não é condizente com o enquadramento legal aplicado pela autuante.

Voto, portanto, pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, ressaltando que a Repartição Fiscal deverá verificar a possibilidade da lavratura de novo Auto de Infração a salvo de erros, com o aproveitamento do competente Termo de Apreensão de Mercadorias existente e de nº 138322.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2009.

TOLSTOI SERA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS