

A. I. Nº - 217683.0602/10-8  
AUTUADO - ALPHA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - EDUARDO EPIFÂNIO DA SILVA  
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE  
INTERNET - 05.07.2011

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0176-04/11**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito processual, que determinam como deve agir o preposto fiscal na constituição do crédito. Por não ter sido observado o quanto disposto no art. 28, IV do RPAF/99, impõe-se seja declarado nulo o auto de infração, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do mesmo Regulamento Processual. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado no dia 14/06/2010, exige ICMS no valor de R\$ 7.380,72, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, em função de divergência entre as mercadorias discriminadas no documento fiscal e aquelas constatadas durante a contagem física.

Constam dos autos: vias originais das notas fiscais números 007247, 007246 (fls. 06 e 07), e procuraçāo (fl. 41).

No dia 16/08/2010 o autuado apresenta peça de impugnação, (fls. 36/39). Inicialmente resume a acusação que lhe foi imputada e diz ser importante esclarecer que houve uma incorporação das empresas Sapeka Indústria e Comércio de Fraldas Descartáveis Ltda e Alpha Indústria e Comércio Ltda, sediadas em Aparecida de Goiânia – GO e pertencentes ao mesmo grupo empresarial.

Diz que no que se refere a ação fiscal, trata-se de uma industrialização efetuada por terceiros, ou seja, a Sapeka Nordeste , situada em Pernambuco, enviou matéria-prima constante das notas fiscais 5969 e 5970 para a fábrica Sapeka, sediada em Aparecida de Goiânia, que através de sua incorporadora Alpha Indústria e Comércio Ltda, após industrialização, retornou o produto acabado, juntamente com os insumos aplicados na industrialização para a Sapeka Nordeste, através das notas fiscais de retorno nºs 7236 e 7237 e das notas fiscais de terceirização de mão-de-obra nºs 7237 e 7247.

Afirma ter ocorrido um equívoco quando do trânsito das mercadorias, pois na operação de retorno do produto acabado ao invés de retornar os insumos com as notas fiscais respectivas de cada carga, o caminhão que a conduzia portava a carga que deveria estar acobertada pelas notas fiscais nºs 5969, 7236 e 7237.

Salienta ser de fácil constatação pelo que se vê na descrição dos produtos das notas fiscais, anexadas com a defesa, nºs 5969 e 5970, de remessa, fls. 54/55, onde diz comprovar tratar-se das mesmas mercadorias acobertadas pelas notas fiscais nºs 7236 e 7246 respectivamente.

Esclarece que o retorno das mercadorias de insumos da indústria ocorreu em operações que utilizaram quatro viagens, dado o volume da carga transportada e que de forma inadvertida trocou as notas fiscais que deveriam acompanhar as cargas saídas nas duas primeiras viagens da

indústria.

Aduz que este procedimento não traz qualquer prejuízo ao Estado da Bahia, pois a competência para exigir o imposto é do estado de origem, conforme a legislação tributária pertinente e documentos que anexa.

Cita e transcreve os dispositivos legais que serviram de base para o enquadramento no auto de infração, para demonstrar que a alegada imidoneidade das notas fiscais, não subsiste aos motivos da fundamentação legal insculpida no art. 209, IV e VI do RICMS/BA, conforme expressa o parágrafo único do referido artigo.

Diz esperar que este CONSEF acolha as razões impugnatórias para julgar a improcedência do auto de infração.

Às fls. 123/128 o autuante apresenta informação fiscal. Traça um breve resumo dos termos da defesa e diz que considerou as notas fiscais nºs 7246 e 7247 inidôneas, visto que consignam divergências entre o registrado na descrição e as mercadorias efetivamente transportadas.

Afirma que a incorporação entre as empresas Sapeka e Alpha foi decidida em 30.04.2010 e a baixa do CNPJ ocorreu em 17.05.2010, portanto, a empresa Alpha Indústria e Comércio foi extinta desde esta data e todas as notas que ela venha a emitir ou que a ela se destine serão inidôneas, sendo importante notar que nas notas fiscais em análise não consta qualquer observação a respeito da mudança.

Argumenta que a nota fiscal 7246 refere-se a retorno de mercadorias para industrialização, contendo entre outros itens, embalagens superfluffy automática G(36960 un) e EG (2640 un.) um. Contudo a carga era composta de 1500 unidades de fraldas Superfluffy EG, logo se as embalagens EG + G totalizam 39600 unidades, há uma diferença de 38200 unidades, além do que a carga era composta exclusivamente de fraldas superfluffy EG.

Assevera que ainda que a carga estivesse acompanhada das notas fiscais nºs 7236, 7237 e 5969 conforme alega autuado, as irregularidades persistiriam, pois a diferença na totalização das embalagens continuaria, visto que a nota fiscal 7237 refere-se a mão-de-obra para produção de 1400 unidades de fraldas superfluffy M, e na ação fiscal constatou-se 1500 unidades de tamanho EG., da mesma forma as notas fiscais 5969 e 5970 não explicam ou fazem referência a embalagem tamanho M.

Quanto a não ter havido prejuízos ao erário da Bahia, deve-se atentar ao quanto disposto no art. 11, I, "b" da Lei Complementar 87/96, sobre o local da operação ou prestação para efeitos de cobrança do imposto.

Diz que o fato da apresentação de registros das notas fiscais em livros da autuada em nada elide a irregularidade e que o auto de infração deve ser julgado procedente.

## VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em função de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física.

O autuado afirma ter ocorrido um equívoco quanto ao transporte das mercadorias, havendo troca da documentação fiscal que deveria acompanhar a remessa da matéria-prima com aquela de produtos acabados, quando da saída do estabelecimento industrial sediado em Aparecida de Goiânia - GO para estabelecimento do grupo em Pernambuco.

O autuante mantém integralmente os termos iniciais do procedimento.

Compulsando os autos, constato que o Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão da mercadoria e / ou da nota fiscal, de forma a constituir prova material da infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, conforme exige o art. 28, IV do RPAF/99, não possui as necessárias assinaturas do autuado ou responsável,

conforme fls. 04, 05 e 23 deste PAF. Determina o art. 28, IV do RPAF/99:

*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;*

(...)

Do exposto, verifica-se que o Termo de Apreensão com as respectivas assinaturas – ausente deste PAF – constituiria prova material da ocorrência da infração.

Assim, este procedimento administrativo fiscal, além de não ter observado o precitado artigo processual, está destituído de prova da acusação.

Toda a estrutura jurídica do lançamento encontra-se delineada no artigo 142, do CTN. É ato de competência privativa da autoridade administrativa e como ato administrativo que é, deve ser praticado em estrita conformidade com o conjunto normativo previsto na legislação tributária.

Daí resulta claro que como atividade administrativa, deve o lançamento ser praticado em estrita observância à legislação que lhe disciplina os aspectos formais, não podendo dela afastar-se, sob pena de ser invalidado, caso seja praticado em desconformidade com sua estrutura legal.

Portanto, a atividade administrativa preparatória do lançamento é composta de uma série de procedimentos, que necessariamente inclui a lavratura regular do Termo de Apreensão e dos outros documentos citados no art. 28, IV do RPAF/99, sob pena de legitimar-se uma acusação sem prova.

Qualquer lide tem como característica a existência de partes em posições diametralmente opostas, podendo as alegações de cada uma corresponder ou não à verdade dos fatos. Neste particular, os elementos de prova servem como meio de convicção, cabendo às partes a promoção de alegações da ocorrência ou não dos fatos, sempre acompanhadas de componentes materiais probatórios.

A lei tributária não faz distinção, não havendo preterição de qualquer uma das partes, devendo triunfar sempre a verdade material e a legalidade formal. Cabe à Administração Fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, conforme determina o mencionado artigo do RPAF/99, sob pena de se instalar o arbítrio fiscal.

Por tudo o que aqui foi comentado, pode-se alinhar as seguintes afirmações:

- a) o lançamento do crédito tributário, por ser ato da administração vinculado, deve conformar-se dentro das normas estabelecidas para sua prática;
- b) o RPAF/99 estabelece que para o desenvolvimento da ação fiscal, objetivando constituição de crédito tributário, há que ser lavrado Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão da mercadoria e/ou da nota fiscal, de forma a constituir prova material da infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro;
- c) o Auto de Infração lavrado para constituição de créditos tributários que não observe o art. 28, IV do RPAF/99 é nulo de pleno direito, já que a atividade de lançamento é plenamente vinculada.

No presente caso, analisando os documentos de formalização do Auto de Infração, verifico que não foi lavrado de forma regular o Termo de Apreensão e Ocorrências exigido no sobredito artigo do RPAF/99.

Observo que foi colacionado ao PAF, fl. 28, documento onde se verifica a transferência do fiel depositário para pessoa diversa do originalmente identificado, o autuado. Entretanto, considero

que tal documento não supre o vício apontado, visto que, lavrado quatro dias após a autuação, também como no documento original, não consta a assinatura do responsável. Concluo, portanto, que a situação em análise não preenche os requisitos elencados no art. 29, I, “b” do RPAF/99, que excepciona a obrigatoriedade do Termo de Apreensão.

Levando em consideração os fatos acima, entendo que, diante do não cumprimento de questões formais na constituição do crédito, o lançamento não subsiste, e, com fulcro no art. 18, IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), voto pela NULIDADE do 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 217683.0602/10-8, lavrado contra **ALPHA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR