

**A. I. Nº** - 152560.0144/12-0  
**AUTUADO** - RENDOSO ALIMENTOS DO NORDESTE LTDA.  
**AUTUANTE** - GEOVANE LIMA DA SILVA  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 18/12/2013

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0219-05/13**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Termo de Ocorrência Fiscal, sem a ciência do atuado, representante legal ou preposto, tornando o documento desprovido de validade, já que lavrado de forma unilateral, em flagrante descumprimento do devido processo legal. Um termo de apreensão sem assinatura equivale a não ter termo algum. Vício insanável. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

No Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias em 13/08/2012, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$10.119,91 pela falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas procedentes de outras unidades da federação por contribuinte com inscrição inapta, acrescido da multa de 60%.

O impugnante apresenta defesa às fls. 27/32 onde alega que a presente autuação fiscal não pode prosperar, porquanto eivada de nulidade insanável, já que foi produzida em descompasso com a legislação. Que consta do auto de infração como data da ocorrência, o dia 13/08/2012, quando na verdade elas aconteceram nos dias 08 e 09/08/2012.

Alega que tal fato se deu no expediente do Agente de Tributos de nome ANGELINO, sendo que a primeira carreta que transportava os equipamentos objeto dos autos foi retida no posto fiscal Bahia/Goiás no dia 08/08/2012, uma quarta-feira, e a segunda, no dia seguinte, sendo lavrados dois autos. O Agente que assinou os autos como sendo o autuante não é o mesmo que fez a retenção dos equipamentos 05 (cinco) dias antes da lavratura, inclusive este não estava trabalhando no dia das ocorrências.

Justifica que corroboram com tais afirmações, a impetração do mandado de segurança, protocolizado no dia 10.08.2012 (doc. anexo), sendo impossível a adoção de uma medida judicial anterior à lavratura dos autos, que só foi feita 05 (cinco) dias depois, no dia 13.08.2012.

Que além é microempresa participante do SIMPLES NACIONAL desde 01.01.2011, cuja obrigação fiscal e tributária obedece à regra própria daquele sistema legal. Aduz que as mercadorias apreendidas naquele posto fiscal destinam-se ao ativo permanente da empresa (máquinas e equipamentos), portanto dispensadas de lançamento e respectivo pagamento de tais tributos, nos termos do art. 272, inciso I, alínea “a”, item 2 do RICMS (Decreto nº 13.780/2012).

Afirma que os agentes envolvidos em tais ocorrências fiscais agiram em absoluto descompasso com a Lei, tornando os atos por eles praticados nulos de pleno direito. Que ao tomar conhecimento da retenção, o representante da empresa dirigiu-se à unidade fiscal de Luís Eduardo Magalhães para saber o que ocorreu, sendo informado que a inscrição estava inapta.

Que enquanto o contador responsável adotava as medidas necessárias para regularização, a autuada questionou por telefone ao Agente Angelino, e também o chefe de trânsito de mercadorias, Sr. José Oliveira sobre como proceder para liberar os equipamentos, sendo informado que deveria apresentar um fiel depositário.

Que providenciado o depositário, este e o representante da autuada compareceram pessoalmente no posto fiscal com toda documentação exigida pelo Agente Angelino, que insistia que a empresa deveria ligar para alguém para negociar a liberação, mesmo passados das 22:00 hs, numa atitude suspeita e absurda. Que o agente, por sua vez, fez várias conjecturas, alegando que a dívida tributária ultrapassaria os 300 (trezentos) mil reais e que achava que a empresa não teria condições de pagar, inclusive chegou ao ponto de exigir as declarações do imposto de renda dos sócios e do depositário.

Frisa que mesmo decorridos dois dias da retenção dos equipamentos, o agente tributário não havia lavrado o auto de infração, daí porque a impetração do Mandado de Segurança no dia no dia 10.08.2012 (*comprovante anexo*). Portanto, diante de tamanho abuso só restou à empresa, socorrer-se da tutela jurisdicional, que acolheu sua súplica de plano.

Que assim, além de NULO, por afrontar os princípios da administração pública especialmente a legalidade e impessoalidade, o ato do agente de nome Angelino deve ser analisado sob o aspecto disciplinar, já que um crime funcional não restou formalmente tipificado.

Aduz que apesar de certo tempo de constituída, somente há pouco mais de um ano a empresa iniciou efetivamente sua implantação, compreendendo na construção de sede própria com escritório e unidade de beneficemente e acondicionamento de grãos, e até então, a condição fiscal era de inativa e as primeiras compras e aquisições de equipamentos foram feitas somente no ano de 2012.

Explica que os equipamentos que foram retidos no Posto fiscal Bahia/Goiás, destinam-se a implantação da unidade de produção da autuada, fazendo parte do ATIVO IMOBILIZADO, conforme assentado nos próprios autos, não havendo qualquer fato gerador, face a sua condição de microempresa enquadrada no sistema SIMPLES NACIONAL, desde o ano de 2011.

Que é evidente que tais autos de infração não obedeceram às normas do direito administrativo, o Regulamento do ICMS/BA, nem tampouco Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), devendo ser anulados por essa Junta Julgadora, no uso da discricionariedade. Relaciona autos julgados nulos neste Conselho de Fazenda.

Por todo o exposto e, especialmente por inexistir qualquer prejuízo para o Estado da Bahia, requer a autuada:

- a) seja determinada diligência ou perícia fiscal na unidade de produção da autuada, localizada no Centro Industrial do Cerrado, neste município de Luís Eduardo Magalhães, de modo a se verificar a destinação dos equipamentos (mercadorias) objeto dos autos de infração, ainda em fase de instalação, como forma de contribuir para a decisão a ser proferida, nos termos do art. 145 do RPAF.
- b) Seja a presente autuação fiscal julgada NULA ou IMPROCEDENTE, nos termos acima arguidos.
- c) Se assim entender, adotar as medidas legais para apurar a conduta ao agente tributário estadual de prenome Angelino, aplicando-se-lhe as reprimendas, se couberem.

A informação fiscal foi apresentada às fls. 54/58 onde inicialmente se justifica que o lapso temporal, entre a efetiva chegada das mercadorias ao posto fiscal e a lavratura do auto de infração se deveu unicamente à falta de certeza sobre o real destinatário das mercadorias, vez que no momento da ação fiscal, a autuada encontrava-se com a sua inscrição estadual inapta (cancelada), e não possuía qualquer recolhimento de imposto até aquela data, apesar de inscrita desde setembro de 2010, o que justifica plenamente a dúvida acerca do real destinatário.

Que isto não seria caso de nulidade do auto de infração, vez que a legislação não estabelece prazo para lavratura do termo de ocorrências, sendo pacífico o entendimento que deve ser lavrado em um tempo razoável, o que ocorreu, especialmente se for considerado que a ação ocorreu no extremo oeste do estado, onde as dificuldades se multiplicam por conta das características próprias da região.

Quanto à alegação de que a ação fiscal teria sido iniciada por um agente fiscal e a lavratura ter sido efetivada por outro agente, esta também não é apta a causar qualquer nulidade. É que, em sede de fiscalização tributária, não há que se falar em jurisdição, sendo o poder estatal *uno*, exercido por qualquer um dos seus prepostos fiscais, desde que tenham competência para tanto.

No presente caso, tem-se claro que tanto o agente que iniciou a ação fiscal, como o que efetivamente lavrou o auto, gozava de competência para o ato, inexistindo qualquer irregularidade na lavratura do auto de infração sob este aspecto.

Aduz que o autuado alega ser optante pelo SIMPLES NACIONAL, bem como que as mercadorias estariam destinadas ao seu ativo imobilizado, no entanto, não há como deixar de reconhecer a condição do contribuinte como optante do sistema de tributação diferenciado, bem como dúvidas não há de que as mercadorias se destinam à integração do seu ativo fixo. Porém não é este o cerne da questão.

Que o motivo da lavratura do presente auto de infração foi o fato, bem explicitado, de a empresa autuada, no momento da ação fiscal, se encontrar com a sua inscrição inapta por cancelamento, portanto, não há que se falar em regime de tributação diferenciado, vez que o tratamento dispensado nestes casos é o mesmo dado a contribuintes não inscritos, devendo o pagamento do imposto ocorrer antes da entrada das mercadorias em território baiano, o que de fato, nunca ocorreu.

É assim que dispõe o art. 332 inc. III alínea “d” do Decreto nº 13.780/12:

*Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:*

*III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:*

*d) destinadas a contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria;*

É neste sentido que tem se posicionado este órgão julgador, citando acórdãos deste Conselho de Fazenda. Ressalta, que acertadamente foi exigido o crédito referente à antecipação total, não tendo sido aplicado o MVA, por se reconhecer que as mercadorias se destinavam à integração do ativo e não à comercialização, e que quanto às alegações de suposto abuso de autoridade aventado pela autuada, esta não passa de meras conjecturas, carecendo totalmente de material fático probatório de suas alegações.

Que o próprio defendente afirma peremptoriamente que *nenhum crime funcional restou formalmente tipificado*, o que nos leva a crer que esta alegação de abuso é uma vã tentativa de se furtrar ao alcance da incidência tributária, o que certamente merecerá o repúdio deste Conselho.

Por fim, solicita o envio das notas fiscais de aquisições interestaduais, juntadas as fls. 46 a 49 à inspetoria a qual está vinculado o contribuinte, para que se verifique a existência do pagamento do diferencial de alíquota incidente sobre aquelas operações, vez que no momento do fato gerador, a inscrição se encontrava inapta por cancelamento. Assim, rebatendo a defesa em todos os seus argumentos, requer seja o presente auto julgado PROCEDENTE.

## VOTO

Quanto ao primeiro pedido, relativo à diligência ou perícia, considero que as informações relativas à ação fiscal são suficientes para formação de juízo de valor e denego portanto, a solicitação.

O impugnante pede pela nulidade em caráter preliminar, pelo fato da ação fiscal ter se desenvolvida em desconformidade com a prescrição legal, cabendo ao julgador, avaliar se foram cumpridas as formalidades inerentes ao lançamento tributário, previstas no RICMS/BA e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Trata-se de auto lavrado no trânsito de mercadorias, devendo portanto obediência ao que está preceituado no citado Regulamento, precisamente no trecho abaixo transcrito:

*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;*

Constato que às fls. 4/5 consta, Termo de Ocorrência Fiscal de nº 152560.0132/12-1, sem a ciência do atuado, representante legal ou preposto, e o termo de liberação à fl. 13 sem assinatura do autuante, tampouco a do atuado ou do detentor das mercadorias, tornando os documentos desprovidos de validade jurídica, já que lavrados de forma unilateral, em flagrante descumprimento do devido processo legal. Um termo de apreensão ou de liberação sem assinatura das pessoas envolvidas, equivale a não haver termo algum, visto que fica desprovido de qualquer validade.

O trabalho no trânsito de mercadorias é bastante difícil e precário, pelas próprias condições inerentes a uma atividade valorosa e que traz muitos subsídios à fiscalização de estabelecimento, mas que, ao contrário desta, se caracteriza pela instantaneidade e rapidez da ação, ficando assim, sujeitas ao cometimento de falhas que a invalidam. Assim, mesmo a ação fiscal tendo sido iniciada 4 ou 5 dias antes conforme esclarece o mandado de segurança, houve troca de plantões, e por descuido não foram tomadas as devidas providências.

Mas é certo que o cumprimento destas formalidades são tão importantes, e indispensáveis que a seção IV do RPAF, foi alterada pelo Decreto nº 13.997, de 17/05, DOE de 18/05/12, efeitos a partir de 01/04/12, compreendendo os arts. 31-A a 31-L, entre os quais é esclarecedora a transcrição abaixo a respeito das formalidades que devem ser cumpridas:

*§ 1º O Termo de Apreensão de que trata o caput deste artigo conterá, dentre outros elementos, as seguintes indicações:*

*I - a identificação, o endereço e a qualificação do sujeito passivo;*

*II - o dia, a hora e o local da ocorrência;*

*III - a descrição, em síntese, do motivo determinante da apreensão e dos demais elementos esclarecedores, com indicação expressa de que se trata, conforme o caso: de mercadorias ou bens desacompanhados de documentação fiscal; de mercadorias ou bens acompanhados de documento inidôneo, caso em que será explicitada a circunstância caracterizadora da inidoneidade, nos termos do art. 44 da Lei nº 7.014/96; de outros motivos a serem informados;*

*IV - a discriminação das mercadorias, bens, livros ou documentos apreendidos, com indicação das respectivas quantidades e, conforme o caso, a marca, o tipo, o modelo, a espécie, a qualidade, o prazo de validade, se houver, e demais elementos que permitam sua perfeita identificação;*

*V - o nome, o cadastro e a assinatura do funcionário fiscal;*

*VI - o nome e a assinatura do contribuinte, de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa em assinar.*

*§ 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 02 (duas) testemunhas.*

*Art. 31-E. 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.*

Pelo exposto, percebe-se que o legislador inclusive exige a assinatura de duas testemunhas quando o termo não for assinado pelo representante ou preposto do contribuinte. Assim, a primeira medida no início da ação fiscal de trânsito, deve ser pela lavratura do termo de

ocorrência, de forma a resguardar a fazenda pública de falhas formais, e também para que o autuado não se sinta aviltado pela fiscalização.

Pelo relatório, o representante do impugnante esteve no local da autuação, foi recusado o fiel depositário indicado e acabou por liberar a mercadoria mediante mandato de segurança, em virtude do excessivo tempo com a mercadoria retida.

Não foi notificado que houve recusa na assinatura do autuado ou detentor das mercadorias. Em outro auto de infração, lavrado contra o mesmo contribuinte e em circunstâncias idênticas, o eminente Relator Jorge Inacio de Aquino também apontou a nulidade do PAF, pelos mesmos motivos aqui alegados - ausência de termo de apreensão assinado, conforme se depreende da transcrição da ementa e parte do voto na 4ª JJF:

*4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACÓRDÃO JJF Nº 0260-04/13.*

*EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias. É nulo o procedimento tributário que não atenda ao devido processo legal administrativo. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.*

*Diante da situação posta e em consonância com o art. 28, inciso IV, o Termo de Apreensão de Mercadorias deveria ser lavrado para documentar com fidedignidade a ação fiscal empreendida, de modo a constituir prova material da infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS. Tal procedimento não se encontra evidenciado nos autos. Às fls. 5/8, consta, apenas, do Termo de Ocorrência Fiscal de nº490311.0801/12-5, de 13/08/2012, sem a ciência do autuado, representante legal ou preposto, cuja finalidade é documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos.*

Nos termos do art. 20 do RPAF, a nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, e também pela autoridade competente para apreciar o ato pelo art. 21 do mesmo diploma legal, a autoridade que decretar a nulidade deverá mencionar os atos atingidos, determinando ou recomendando, se for o caso, a repetição dos atos, a salvo de falhas.

O § 1º do art. 18 do RPAF/99 somente admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais. No caso em lide, há falta de um instrumento essencial para a validade da autuação, o Termo de Apreensão.

A coordenação administrativa do CONSEF, envia o PAF após o julgamento à inspetoria de origem após o julgamento, o que já atende ao pedido na informação fiscal de enviar os documento das fls. 46 a 49, à inspetoria a qual está vinculado o contribuinte, para eventuais procedimentos de fiscalização em auditoria de estabelecimento.

Quanto ao pedido de providências pela eventual falta funcional do Agente Fiscal, este Conselho de Fazenda não é o órgão competente para tratar do assunto, devendo o impugnante, se desejar tomar as providências cabíveis junto ao órgão competente desta secretaria, nos termos do **DECRETO Nº 7.921 DE 02 DE ABRIL DE 2001**:

*Art. 12-A - À Corregedoria da Fazenda, que tem por finalidade inspecionar as atividades técnico-administrativas dos órgãos desta Secretaria e apurar a responsabilidade administrativa nos ilícitos contra a Fazenda Pública Estadual, compete:*

*I - Através da Coordenação de Auditoria Interna:*

*a);  
b);*

*c) apurar responsabilidade administrativa em face de irregularidades ou fatos infringentes às disposições legais e regulamentares por parte de servidores em exercício na Secretaria da Fazenda;*

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do auto de infração, ficando prejudicado o julgamento do mérito.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **152560.0144/12-0**, lavrado contra **RENDOSO ALIMENTOS DO NORDESTE LTDA**. A inspetoria fiscal da circunscrição do autuado deverá analisar as notas fiscais constantes às fls. 46 a 49, para eventuais procedimentos de fiscalização no estabelecimento.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR