

**A. I. Nº** - 490311.0832/12-8  
**AUTUADO** - RENDOSO ALIMENTOS DO NORDESTE LTDA  
**AUTUANTE** - JOÃO DUQUE DE BUENO NETO  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL (POSTO FISCAL BAHIA-GÓIAS)  
**INTERNET** - 22-11-2013

#### **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.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, decorrente da atividade de fiscalização no trânsito de mercadorias, lavrado em 13/08/2012, reclama ICMS no valor de R\$16.496,39, acrescido da multa de 60%, apurado mediante acusação de *“Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada”*, ocorrida na data acima mencionada.

O autuado apresenta impugnação (fls. 31/38). De plano, pede a nulidade do Auto de Infração.

Em virtude do descompasso com a legislação, para o impugnante, a autuação é eivada de nulidade insanável. Pontua que “constam nos autos data das ocorrências em 13/08/2012, quando na verdade aconteceram nos dias 08 e 09/08/2012, tendo sido fiscalizado pelo agente de tributo Sr. Angelino, sendo 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, no qual o tal agente assinou os autos como autuante, não sendo o mesmo que fez a retenção dos equipamentos 05 (cinco) dias antes da lavratura, inclusive este não estava trabalhando no dia das ocorrências”. Ou seja, o agente autuante não foi o mesmo quem efetuou a retenção das mercadorias.

Junta cópia do Mandado de Segurança impetrado (doc. Anexo – fls.21/29) em data anterior a lavratura do auto de infração. Esclarece o contato do Magistrado quando do deferimento da liminar com o Chefe da Inspetoria Fazendária de Barreiras, Sr. Miguel, para colher esclarecimentos.

Relata sobre a inscrição da empresa no regime do Simples Nacional desde 01/01/11, cuja obrigação fiscal e tributária obedece à regra própria daquele sistema legal, (doc. comprobatório anexo).

Acrescenta o objetivo da aquisição das mercadorias constante do DANFE nº 2434, fls. 10, qual seja, compor o ativo permanente (máquinas e equipamentos). Assim, estão dispensados o lançamento e pagamento de tributo, nos termos do art. 272, I, “a”, item 2 do RICMS (Decreto nº 13.780/2012). Por isso, os fiscais agiram “com absoluto descompasso com a Lei, tornando os atos por eles praticados nulos de pleno direito”. Salienta que a ação do agente público deve estar nos exatos termos da legislação, sob pena de nulidade dos atos por ele praticado.

Alega abuso e desvio de poder do agente tributário, pois esclarece que a fiscalização reteve a primeira carreta com os equipamentos, tendo o representante da empresa se dirigido à unidade fiscal de Luís Eduardo Magalhães para conhecimento do fato imputado, obtendo a informação sobre a situação inapta da inscrição da empresa na SEFAZ/BA. Relata a iniciativa do contador

responsável para regularizar a situação cadastral. Após contato, por telefone, com o agente Sr. Angelino e o chefe de tráfego Sr. José Oliveira sobre como proceder para liberar os equipamentos, foi informado que deveria apresentar um fiel depositário, o que foi resolvido atendido, inclusive, com apresentação de documentação. Relata que “o agente Sr. Angelino insistia que a empresa deveria ligar para alguém para negociar a liberação, mesmo passados das 22:00 h”. Ademais, o Juiz da Comarca de Luís Eduardo Magalhães ordenou em “*dar voz de prisão ao agente se esse falasse em dinheiro*”.

Acrescenta o impugnante que “o agente fez várias conjecturas, alegando que a dívida tributária ultrapassaria os 300 (trezentos) mil reais e que a empresa não teria condições de efetuar pagamento, inclusive depois de muito desdenho 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”. Revela que “o Sr. Vanderlei Lago Coelho, representante da empresa que seria a depositária presenciou toda a conversa com o agente”. Assim, diante de tal situação socorreu-se da tutela jurisdicional, cuja súplica foi atendida de plano, conforme trecho a seguir: “*Doutos julgadores, chama-se a atenção para às fls. 02 da decisão judicial, onde o MM Juiz ressalta tê-la iniciado na sexta-feira, dia 10.08.2012, (cópia anexa)*”.

Apresenta breve histórico acerca da implantação da empresa, tendo as primeiras compras e aquisições de equipamentos realizadas no ano de 2012, para comporem o ATIVO IMOBILIZADO, conforme assentado nos autos, e, por conseguinte, não haveria a ocorrência de fato gerador, em face da sua condição de microempresa enquadrada no sistema Simples Nacional, desde o ano de 2011. Além disso, pontua que as operações realizadas cumprem o rito procedimental disposto na legislação tributária.

Afirma a ausência de dolo para burlar o fisco estadual, já que “mesmo após a retenção da primeira carreta de equipamentos, a segunda foi autorizada a se apresentar no mesmo posto fiscal, já que empresa sempre manteve sua situação fiscal regular”.

Cita o ACÓRDÃO JFJ Nº 0286-01/10 da 1ª JFJ, cuja resolução acolheu a Nulidade do Auto de Infração por falta de elementos capazes de configurar as infrações imputadas ao sujeito passivo; o ACÓRDÃO CJF Nº 0245-11/09, no qual a representação da PGE foi acolhida pela 1ª CJF, em face da existência de ilegalidade inequívoca e o ACÓRDÃO JFJ Nº 0393-02/10, da 2ª JFJ, com consideração da improcedência do Auto de Infração, por não restar demonstrado que as mercadorias destinavam-se à comercialização.

Reafirma o requerimento de nulidade e/ou improcedência da autuação, bem como a adoção de medidas legais para apurar a conduta do agente tributário de prenome Angelino.

A informação fiscal apresentada, às fls. 60/63, está subscrita por servidor distinto daquele constante da lavratura do Auto de Infração. Inicialmente, fixa contraposição quanto às nulidades apontadas e destaca lapso temporal, entre a efetiva chegada das mercadorias ao posto fiscal e a lavratura do Auto de Infração, em virtude da incerteza sobre o real destinatário das mercadorias, pelo fato da situação cadastral de inaptidão, no momento da ação fiscal, além de não possuir qualquer recolhimento de imposto até aquela data, apesar de inscrita no cadastro da SEFAZ/BA desde setembro de 2010.

Afasta a nulidade da acusação fiscal, posto 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 no caso em tela ocorreu, especialmente se considerar que a ação ocorreu no extremo oeste do estado, onde as dificuldades se multiplicam por conta das características próprias da região”.

Pela inexistência de jurisdição, no âmbito administrativo, afasta, também, a nulidade decorrente ao exercício da ação fiscal por distintos servidores públicos, entre o início dos trabalhos de fiscalização, culminando na lavratura do auto de infração em epígrafe.

No mérito, diz que “não há como deixar de reconhecer a condição do contribuinte ser optante do sistema de tributação diferenciado, bem como dúvidas não há de que as mercadorias se destinam a integração do seu ativo fixo”. Contudo, o fulcro está na situação inapta do contribuinte.

Assevera a impossibilidade de aplicar 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”.

Cita o art. 332, III, “d”, do Decreto nº 13.780/12 e transcreve julgado do CONSEF (1ª CJF - ACÓRDÃO CJF Nº 0288-11/07), como base da acusação fiscal realizada, além do amparo da legislação vigente, não sendo aplicável ao caso o benefício previsto, no art. 272, I, “a”, do Decreto nº 13.780/2012, inerente a contribuintes em situação cadastral ativa.

Ressalta que foi exigido o crédito referente à antecipação total, sem aplicação da Margem de Valor Agregado - MVA, por reconhecer a integração, ao ativo, e não à comercialização, das mercadorias adquiridas.

Quanto às alegações de suposto abuso de autoridade aventado pela autuada, afirma: “esta não passa de meras conjecturas, carecendo totalmente de material fático probatório de suas alegações. Trata-se de meras acusações, lançadas em papel em branco, que a tudo aceita, impassível, mas que não devem prosperar por absoluta falta de provas”.

Relata a conduta realizada pelo servidor fiscal e menciona a total improcedência das acusações perpetradas “não sendo os fatos ali narrados aptos a causar qualquer nulidade do Auto de Infração, muito menos a ensejar à abertura de qualquer processo disciplinar”.

Em que pese a orientação do Magistrado em “dar voz de prisão” ao funcionário, caso fosse vítima de qualquer abuso, o subscritor da informação fiscal expõe que “não há notícias, nem aqui nem alhures, de qualquer atitude do subscritor no sentido de restringir a liberdade do funcionário, por qualquer motivo que seja”.

Discorre sobre a contrariedade quando o impugnante alega a existência de um suposto abuso funcional e afirma peremptoriamente que “*nenhum crime funcional restou formalmente tipificado*”. Ressalta a irrelevância do aspecto subjetivo frente aos critérios objetivos da autuação, ao teor do que dispõe o art. 40 § 2º da Lei nº 7.014/96, bem como a falta de pertinência temática das decisões do CONSEF colacionadas na impugnação.

Encerra sua intervenção, com o seguinte pedido: “visando resguardar os interesses do fisco estadual, solicita o envio das notas fiscais de aquisições interestaduais, juntadas as fls. 49 a 55 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”.

Requer a Procedência do Auto de Infração.

## VOTO

*Ab initio*, não acolho o pedido de diligência e perícia fiscal, tendo em vista a aptidão da lide ao julgamento.

Quanto ao pedido relacionado com a apuração da conduta do servidor público, registro a falta de previsão de competência desse órgão, para apreciar a respectiva matéria, em virtude do art. 2º do Regimento Interno do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592 de 04 de junho de 1999. Todavia, o Regimento da Secretaria da Fazenda, aprovado pelo Decreto

nº 7.921 de 02 de abril de 2001, fixa órgão competente para respectiva apuração da conduta do servidor, caso, assim, o impugnante entenda a respectiva persecução administrativa.

Em que pese o procedimento adotado, o impugnante interpõe resposta, com intuito, inclusive, de afastar acusação fiscal, exercendo, assim, o direito de defesa e contraditório.

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, disciplina os procedimentos fiscais, bem como os termos e atos que fundamentam e instruem a ação fiscal.

Na presente lide, está configurada a apreensão das mercadorias constantes do DANFE nº 2434, com data de saída de 07/08/2012, fl. 10, em virtude da impetração de Mandado de Segurança, fls. 13/22, cujo pedido liminar foi deferido, em 13/08/2012, para liberação dos veículos transportadores das cargas neles contidas, conforme fls. 23/29.

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 nº 490311.0801/12-5, 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.

Conforme art. 26 do RPAF/99, o início da ação fiscal ocorreu com a apreensão de mercadorias.

*Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

*I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;*

*[...]*

Assim, deveria constar dos autos o respectivo Termo imposto no art. 28, inciso IV desse regulamento processual.

*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. (grifo acrescido)*

*[...]*

Portanto, o Termo de Ocorrência Fiscal lavrado infringe o devido processo legal administrativo ao contrariar a norma contida no art. 28, inciso IV acima transcrita.

Destarte, voto pela NULIDADE do lançamento tributário sob exame.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº490311.0832/12-8, lavrado contra **RENDOSO ALIMENTOS DO NORDESTE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR