

**A. I. N°** - 896507-2/03  
**AUTUADO** - YANG PNEUS S.A.  
**AUTUANTE** - LANDULFO ALVES DE SOUZA  
**ORIGEM** - IFMT/SUL  
**INTERNET** - 10.12.04

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0467-02/04**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INCERTEZA QUANTO À PESSOA DO INFRATOR. O Auto de Infração foi lavrado em nome de uma pessoa, e o Termo de Apreensão, em nome de outra. O Termo de Apreensão, quer como ato acessório, quer como ato pressuposto, quer como ato preparatório, constitui um requisito de validade do Auto de Infração. O Auto de Infração, uma vez lavrado pelo agente competente, passa a existir; se é feito de acordo com a lei, é válido; porém, a existência de vício que afete a sua validade compromete eficácia do procedimento fiscal, obstando a produção de efeitos jurídicos. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/10/03, diz respeito ao lançamento de ICMS relativo a mercadorias destinadas a contribuinte com inscrição cancelada. Imposto lançado: R\$ 5.638,21. Multa: 60%.

O contribuinte defendeu-se protestando inicialmente que a apreensão das mercadorias objeto do presente Auto de Infração causou um enorme prejuízo à sua empresa, com a perda de mais de 10 dias de produção, em virtude da retenção das matérias-primas empregadas na produção. Explica que atua exclusivamente no ramo de prestação de serviços, tendo como atividade preponderante o recondicionamento de pneus, com o conseqüente reaproveitamento de carcaças (pneus usados), que são recuperadas. Aduz que presta serviços, preferencialmente, a consumidores finais, de modo que o imposto devido é o ISS. Tece considerações acerca do conceito de fato gerador. Observa que recauchutagem ou regeneração de pneus para usuário final constitui serviço especificado no item 71 da Lista de Serviços. Transcreve decisões deste Conselho em que os lançamentos foram desconstituídos por ter sido provado tratar-se de operações envolvendo prestadores de serviços. Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo.

A auditora designada para prestar informação manifestou-se dizendo que o contribuinte foi intimado para cancelamento e a inscrição foi efetivamente cancelada. Destaca que a empresa comercializa pneus novos e usados, câmaras de ar e utensílios afins. Aduz que entre os bens apreendidos se encontram mercadorias que não guardam relação com a prestação de serviços de recuperação de pneus. Refez os cálculos, por considerar que haveria erro no lançamento, por não ter sido incluído o valor do frete no cômputo das despesas que oneraram a mercadoria. Sugere que a multa seja elevada de 60% para 100%. Opina pela manutenção do procedimento, com as alterações sugeridas.

Na fase de instrução, em atenção ao princípio da estrita legalidade, e tendo em vista a norma do art. 28, IV, e § 4º, c/c o art. 29 do RPAF/99, o processo foi remetido em diligência pelo órgão

julgador, para que o fiscal autuante anexasse aos autos a via própria do Termo de Apreensão no qual se baseou o presente Auto de Infração.

Foi anexada cópia de um Termo de Apreensão emitido em nome de Gut Gut Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., datado de 10/10/03.

Deu-se ciência ao sujeito passivo da nova peça.

O autuado manifestou-se reiterando ser prestador de serviços. Rebate a informação fiscal, no ponto em que a auditora considera que entre os bens apreendidos haveria coisas não destinadas a recauchutagem de pneus. Argumenta que, conforme decisão deste Conselho em Auto de Infração anterior, os bens em questão constituem materiais tipicamente de recauchutagem de pneus. Quanto ao Termo de Apreensão anexado aos autos, o contribuinte frisa que o valor das mercadorias nele indicado difere do consignado no Auto de Infração.

## VOTO

Auto de Infração baseia-se, sempre, ou num Termo de Encerramento de Fiscalização, ou num Termo de Apreensão: art. 28, IV, e § 4º, c/c o art. 29 do RPAF/99.

Não foi anexado aos autos o Termo de Apreensão que desse suporte ao Auto de Infração. Apesar de a defesa não ter questionado isso, mas tendo em vista que se trata de aspecto concernente à estrita legalidade tributária, sendo, portanto, matéria de interesse público, o processo foi remetido em diligência por este Órgão de Julgamento, na fase de instrução, para que o fiscal autuante anexasse aos autos a via própria do Termo de Apreensão no qual se baseou o presente Auto de Infração.

À fl. 47, consta despacho da Coordenação de Atendimento da IFMT/SUL, encaminhando o processo ao fiscal autuante para atender à diligência. Sem nenhum despacho de quem quer que seja, foi anexado à fl. 48 uma via de um Termo de Apreensão. Ocorre que o Termo de Apreensão cuja cópia foi anexada aos autos é de data posterior ao Auto de Infração, e foi emitido em nome de Gut Gut Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., sendo que o contribuinte que figura no Auto de Infração tem por razão social Yang Pneus S.A.

Há, por conseguinte, um vício de forma no procedimento fiscal. Esse vício implica ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório. Não pode uma pessoa cometer um ilícito e outra responder por ele.

De acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, é nulo o procedimento fiscal em caso de indeterminação da pessoa do infrator.

O ato do lançamento tributário tem um rito. Esse rito é estabelecido pela legislação. O lançamento não pode ser praticado livremente pelo fisco, como bem queira. Ao contrário, é um ato vinculado, isto é, sujeito à observância dos ditames da lei – ditames de ordem *material* e *formal*. Sob o aspecto material, ou de mérito, cumpre verificar se o tributo é ou não devido, se há ou não provas do cometimento. Por outro lado, do ponto de vista formal, deve-se observar a forma, método ou critério a ser seguido na efetivação do lançamento. Não há hierarquia entre um ou outro aspecto. Tão importante quanto a apuração do fato em si é a forma como o fato deve ser autuado. Se um preceito formal deixa de ser atendido, vicia-se o procedimento, afetando a sua eficácia.

Reporto-me à classificações dos atos administrativos a fim de investigar a compreensão da *natureza* e *finalidade* do Termo de Apreensão de Mercadorias. Esse termo, quer como ato acessório, quer como ato pressuposto, quer como ato preparatório, constitui um *requisito de*

*validade* do Auto de Infração. O Auto de Infração, uma vez lavrado pelo agente competente, passa a existir; se é feito de acordo com a lei, é válido; não havendo óbices à sua eficácia, passa a produzir os efeitos que lhe sejam próprios.

Acabo de tocar num ponto que considero substancial: a *existência, validade e eficácia* dos atos administrativos. No caso em discussão, o Auto de Infração foi lavrado, e portanto existe. No entanto, como não foi observada uma formalidade legal, não tem validade, e como consequência não tem eficácia, não produz efeitos jurídicos.

Seria o caso de fazer-se representação ao órgão competente no sentido de, segundo as praxes da fiscalização, determinar a renovação do procedimento fiscal. Ocorre que, pelos elementos acostados à defesa, consta que o contribuinte é prestador de serviços de recauchutagem de pneus a consumidor final. As mercadorias apreendidas são “bandas”, coxins, extrusados para conserto em carretel, cola, cimento e tiras de acabamento, materiais que, segundo a defesa, seriam destinados a recauchutagem de pneus. De qualquer forma, compete à fiscalização adotar as medidas que considere cabíveis.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **896507-2/03**, lavrado contra **YANG PNEUS S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA