

A. I. Nº - 931509-8/04
AUTUADO - JOSÉ ALVES TEIXEIRA
AUTUANTE - ANTÔNIO BITTENCOURT LEÃO
ORIGEM - INFÁZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 10.02.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0015-02/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INCERTEZA QUANTO À PESSOA DO INFRATOR E AO LOCAL DA INFRAÇÃO. 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 a 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 25/10/04, diz respeito ao lançamento de ICMS relativo a 940 sacos de feijão encontrados em estoque sem documentação fiscal, em estabelecimento não inscrito no cadastro estadual de contribuintes, no povoado Lagoa das Flores. Imposto lançado: R\$ 2.632,00. Multa: 100%.

O contribuinte defendeu-se alegando que houve um equívoco do fiscal, pois a mercadoria tinha Nota Fiscal, só não estava no local onde se encontrava a mercadoria. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Juntou cópia de documentos fiscais.

A auditora designada para prestar informação manifestou-se comentando que constitui infração a estocagem de mercadorias em situação irregular, em estabelecimento clandestino, como ocorreu no presente caso. Considera que não podem ser aceitas as Notas Fiscais apresentadas posteriormente pelo autuado, pois não é possível vincular tais documentos às mercadorias apreendidas. Além disso, as Notas Fiscais apresentadas têm como destinatárias quatro pessoas distintas. Opina pela manutenção do procedimento.

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. Trata-se de aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário, de modo que é meu dever levantar esta questão de ofício, por se tratar de matéria de interesse público.

Neste caso, noto que o Termo de Apreensão foi lavrado em nome de Comercial Grão de Ouro, estabelecimento situado na Rua Humberto Vasconcelos, nº 104, na cidade de Vitória da

Conquista, sendo que o campo destinado à indicação do detentor das mercadorias está em branco. Ocorre que o Auto de Infração foi lavrado em nome de José Alves Teixeira, com endereço na Rua Marta Vasconcelos, também na cidade de Vitória da Conquista. Os nomes divergem, e os endereços, também. Pior: na descrição do fato, no corpo do Auto de Infração, é dito que a mercadoria teria sido encontrada no povoado Lagoa das Flores. Além disso, na descrição do fato é dito que a mercadoria foi encontrada em estabelecimento não inscrito, porém o Auto de Infração foi lavrado em nome de pessoa devidamente inscrita. Diante de tantos desacertos, concluo que o Termo de Apreensão é infiel à realidade, e o Auto de Infração não parece refletir o fato de que cuida o Termo de Apreensão.

Se a mercadoria foi encontrada em situação irregular no povoado Lagoa das Flores, a autuação teria de recair em nome da pessoa que a detivesse no momento, no local onde a mercadoria se encontrava. O art. 47, II, “a”, do RICMS prevê que, para efeito de cobrança do imposto e da definição do estabelecimento responsável, o local da operação é o do estabelecimento onde a mercadoria se encontre quando em situação irregular. Isso tem repercussão, inclusive, no tocante ao índice de participação dos municípios na arrecadação do imposto. Não pode um fato ser constatado num local e a autuação indicar como tendo ocorrido em outro lugar.

Há, por conseguinte, um vício no procedimento fiscal que não constitui apenas vício de forma, mas também de conteúdo. Esse vício implica ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório e da estrita legalidade do lançamento tributário. 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.

A repartição fiscal examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, se exime de sanções.

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 **931509-8/04**, lavrado contra **JOSÉ ALVES TEIXEIRA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 1º de fevereiro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA