

A.I. Nº - 206856.0106/07-6
AUTUADO - GILVONETE DE VASCONCELOS VIDAL
AUTUANTE - JOILSON MATOS AROUCA
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 22.06.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0173-02/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FALTA DE PROVA EFICAZ DA MATERIALIDADE DO FATO. O lançamento, neste caso, decorreu de ação fiscal desenvolvida na fiscalização do trânsito de mercadorias. Não foi lavrado Termo de Apreensão das mercadorias de forma eficaz. 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. Não se declara a nulidade de um ato se não há prejuízo. No caso presente, houve prejuízo jurídico de monta, haja vista que, nos termos do art. 945 do RICMS, é através do Termo de Apreensão que se constitui a prova da materialidade do fato. Conseqüentemente, sem Termo de Apreensão lavrado de forma eficaz, não há prova da infração. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/1/07, acusa a falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso [neste Estado], relativamente a mercadorias destinadas a pessoa não inscrita neste Estado, em quantidade que caracteriza intuito comercial. Imposto lançado: R\$1.054,60. Multa: 60%.

O autuado apresentou defesa alegando que não é contribuinte do ICMS, uma vez que sua atividade é de serviços funerários, não comercializando nenhum tipo de mercadoria. Explica que tem uma grande quantidade de associados, que constituem o Plano de Assistência Funeral e Familiar, com o título de Funerária Cosme e Damião. Pondera não ser devido o pagamento da diferença de alíquotas, nos termos do art. 7º, “parágrafo I” [inciso I], do RICMS. Argumenta que sua atividade está sujeita à competência tributária municipal, de acordo com o “anexo único” [anexo 1] do RICMS, sendo, por isso, indevida a cobrança de ICMS.

O fiscal designado para prestar a informação observa que o art. 7º, inciso I, do RICMS prevê a não-incidência do “diferencial” de alíquota na aquisição de mercadoria por prestador de serviço para aplicação na prestação de serviços, mesmo que desenvolva atividade mista, e o anexo 1 do RICMS, no item 25, deixa clara a competência municipal para a tributação dos serviços funerários, conforme argumenta a defesa, porém as mercadorias objeto da ação fiscal são ponteiras de muleta, muletas, colchão de água, andador, etc., ou seja, não são materiais destinados à aplicação em

serviços funerários. Considera que as quantidades das mercadorias revelam intuito comercial. Opina pela procedência do lançamento.

VOTO

Este Auto de Infração diz respeito à falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso neste Estado, relativamente a mercadorias destinadas a pessoa não inscrita neste Estado, em quantidade que caracteriza intuito comercial.

Antes de apreciar o mérito da lide, tenho o dever indeclinável, como julgador, de zelar pela observância da legalidade do procedimento fiscal. Os fatos compete ao sujeito passivo alegar. Porém, quanto ao direito, seja ou não alegado, cumpre ao Órgão Julgador atentar para que se cumpra a lei. Sendo o lançamento tributário um ato vinculado, ou seja, sujeito à estrita legalidade, a observância das normas que o regem constitui matéria de ordem pública, de modo que, mesmo sem a reclamação do interessado, deve ser apreciada de ofício qualquer questão que atente contra a lei. E é o que passo a fazer.

Há, nestes autos, um vício grave, no que concerne ao Termo de Apreensão.

Auto de Infração que lança tributo deve basear-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.

No caso presente, a ação fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias. Carece, então, de Termo de Apreensão.

Consta às fls. 5 e 6 a cópia reprográfica de um fax de um Termo de Apreensão. Embora no instrumento em exame tenha sido indicada a data de 20/1/07, noto que, na verdade, o Termo de Apreensão somente foi concluído no dia 23/1/07, conforme se vê na fl. 6, embaixo, onde o detentor das mercadorias declara “Recebi em 23/01/07...”. Isto quer dizer, então, que, quando o Auto de Infração foi lavrado, ainda não existia o Termo de Apreensão que lhe daria suporte. Ou seja, o carro foi posto a andar na frente dos bois. Ora, se o Auto de Infração deve basear-se no Termo de Apreensão, este deve ter existência efetiva antes do Auto.

Além disto, há outro aspecto a considerar: a instrução do processo feita com uma cópia reprográfica do Termo de Apreensão. Por que uma cópia reprográfica?

O RICMS, no art. 943, prevê que o Termo de Apreensão deve ser emitido em 3 vias cuja destinação é a seguinte: a 1ª via pertence ao detentor dos bens apreendidos; a 2ª via destina-se ao depositário; a 3ª via deve integrar o processo. O Regulamento manda que integre o processo a 3ª via, e não a cópia reprográfica. Considero, por isso, ineficazes os papéis às fls. 5 e 6, pois não constituem um Termo de Apreensão na forma prevista na legislação.

Há, por conseguinte, um vício de forma no procedimento fiscal. Esse vício implica ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório. A finalidade do Termo de Apreensão não é “prender” a mercadoria. Sua finalidade é documentar o fato. Prescreve o “caput” do art. 945 do RICMS:

“Art. 945. 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.”

Note-se: de acordo com a cabeça do art. 945, a finalidade do Termo e Apreensão é documentar o fato, ou seja, constituir a prova de sua ocorrência. Se o fisco não lavra Termo de Apreensão juridicamente válido, como prevê a legislação, não existe prova eficaz da infração e da autoria da infração. O termo lavrado de forma irregular é termo inexistente.

Na fase de instrução, cheguei a cogitar de propor diligência para a juntada do original do Termo de Apreensão, que decerto existe em algum lugar. No entanto, mesmo que o termo original seja

acostado aos autos, resta um vício a meu ver insanável: o termo foi formalizado após a lavratura do Auto de Infração, e após inclusive o “visto” do Supervisor do Trânsito – o “visto” foi dado no dia 22/1/07, quando ainda não existia Termo de Apreensão, pois, conforme registros feitos pela máquina de fax na margem superior das fls. 5 e 6, o Termo foi transmitido via fax, de algum lugar, um dia depois, a 23/1/07. Logo, quando foi visado o Auto pelo Supervisor, não havia junto a ele o indispensável Termo de Apreensão.

Por tudo isso, é nulo o presente procedimento fiscal, em face da regra do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

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.

Não se decreta a nulidade de um ato se não há prejuízo. Contudo, no caso presente, houve prejuízo jurídico de monta, haja vista que, nos termos do art. 945 do RICMS, é através do Termo de Apreensão que se constitui a prova da materialidade do fato. Conseqüentemente, sem o Termo de Apreensão, não há prova da infração. Não pode haver prejuízo jurídico maior do que uma acusação sem prova.

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 **206856.0106/07-6**, lavrado contra **GILVONETE DE VASCONCELOS VIDAL**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2007

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ANTÔNIO CÉSAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR