

A. I. N° - **000.897.585-011**  
**AUTUADO** - ISABEL DA CUNHA  
**AUTUANTE** - MARCO ANTÔNIO MACHADO BRANDÃO  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/SUL  
**INTERNET** - 24.04.09

#### 4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0085-04/09

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito processual, que determinam como deve agir o preposto fiscal na constituição do crédito. Por não ter sido observado o quanto disposto no art. 28, IV do RPAF/99, impõe-se seja declarado nulo o auto de infração, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do mesmo Regulamento Processual. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de infração em lide, lavrado no dia 17/11/2007, exige ICMS no valor de R\$ 7.224,96, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, em função de falta de destaque do imposto incidente na saída de 26.636 kg de algodão em pluma, com o fim de exportação indireta, destinado a empresa não credenciada em regime especial.

Constam dos autos: vias originais da nota fiscal número 001712 (fls. 04 a 06), documento de expedição da mercadoria (fls. 07 e 08), procuraçao (fl. 09) e conhecimento de transporte número 003118 (fl. 12).

Constatou a inexistência, neste PAF, de Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão da mercadoria e / ou da nota fiscal, de forma a constituir prova material da infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, conforme exige o art. 28, IV do RPAF/99.

No dia 24/03/2008 (fl. 22) o autuado apresenta peça de impugnação.

Preliminarmente, argumenta que o auto de infração afronta o princípio do julgamento imparcial e do contraditório, além de ser ato administrativo desmotivado, aleatório e destituído de fundamentos, motivos pelos quais deve ser invalidado.

Cita dispositivos legais e informa que a mercadoria foi devidamente exportada, conforme memorando que disse ter anexado ao processo, mas não o fez. Diz que a comprovação da exportação é fato idôneo para afastar a exigência fiscal, que não pode ter como fulcro um mero descumprimento de obrigação acessória.

Aduz que a autuação agride dispositivos da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional, já que lança imposto sem determinação do fato gerador e da base de cálculo, o que contraria os princípios da proibição do confisco, da tipicidade cerrada, da capacidade contributiva e da isonomia.

Após citar doutrina e norma constitucional, conclui requerendo a nulidade do auto de infração, prazo de 10 (dez) dias para juntada de procuraçao e prazo de 10 (dez) dias para juntada de memorandos de exportação.

Às fls. 34 e 35 o autuante apresenta informação fiscal.

Entende que os argumentos da impugnação não podem prosperar. Cita artigo da LC 87/96, com o fim de fundamentar o entendimento de que – para a não incidência do imposto quando a operação for de exportação indireta – é necessário que haja o credenciamento.

Consoante o mencionado dispositivo, nas remessas para exportação através de empresa comercial exportadora, inclusive “trading”, ou de outro estabelecimento da mesma empresa, os interessados solicitarão credenciamento junto à Inspetoria Fazendária do seu domicílio fiscal.

Finaliza mantendo na íntegra os termos consubstanciados no auto de infração.

## VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em função de falta de destaque do imposto incidente na saída de algodão em pluma, com o fim de exportação indireta, destinado a empresa não credenciada em regime especial.

O autuado sustenta a nulidade do procedimento, por entendê-lo contrário a diversos princípios jurídicos tributários, muito embora não tenha especificado a ação ou omissão causadora da nulidade.

O autuante mantém integralmente os termos iniciais do procedimento.

Constatou a inexistência, neste PAF, de Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão da mercadoria e / ou da nota fiscal, de forma a constituir prova material da infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, conforme exige o art. 28, IV do RPAF/99.

Determina o art. 28, IV do RPAF/99:

*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;*

(...)

Do exposto, verifica-se que o Termo de Apreensão – ausente deste PAF – constitui prova material da ocorrência da infração.

Assim, este procedimento administrativo fiscal, além de não ter observado o precitado artigo processual, está destituído de prova da acusação.

Toda a estrutura jurídica do lançamento encontra-se delineada no artigo 142, do CTN. É ato de competência privativa da autoridade administrativa e como ato administrativo que é, deve ser praticado em estrita conformidade com o conjunto normativo previsto na legislação tributária.

Daí resulta claro que como atividade administrativa, deve o lançamento ser praticado em estrita observância à legislação que lhe disciplina os aspectos formais, não podendo dela afastar-se, sob pena de ser invalidado, caso seja praticado em desconformidade com sua estrutura legal.

Portanto, a atividade administrativa preparatória do lançamento é composta de uma série de procedimentos, que necessariamente inclui a lavratura do Termo de Apreensão e dos outros documentos citados no art. 28, IV do RPAF/99, sob pena de legitimar-se uma acusação sem prova.

Qualquer lide tem como característica a existência de partes em posições diametralmente opostas, podendo as alegações de cada uma corresponder ou não à verdade dos fatos. Neste particular, os elementos de prova servem como meio de convicção, cabendo às partes a

promoção de alegações da ocorrência ou não dos fatos, sempre acompanhadas de componentes materiais probatórios.

A lei tributária não faz distinção, não havendo preterição de qualquer uma das partes, devendo triunfar sempre a verdade material e a legalidade formal. Cabe à Administração Fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, conforme determina o mencionado artigo do RPAF/99, sob pena de se instalar o arbítrio fiscal.

Por tudo o que aqui foi comentado, pode-se alinhar as seguintes afirmações:

- a) o lançamento do crédito tributário, por ser ato da administração vinculado, deve conformar-se dentro das normas estabelecidas para sua prática;
- b) o RPAF/99 estabelece que para o desenvolvimento da ação fiscal, objetivando constituição de crédito tributário, há que ser lavrado Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão da mercadoria e/ou da nota fiscal, de forma a constituir prova material da infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro;
- c) o Auto de Infração lavrado para constituição de créditos tributários que não observe o art. 28, IV do RPAF/99 é nulo de pleno direito, já que a atividade de lançamento é plenamente vinculada.

No presente caso, analisando os documentos de formalização do Auto de Infração, verifico que não foi lavrado quaisquer dos documentos exigidos no sobredito artigo do RPAF/99.

Levando em consideração os fatos acima, entendo que, diante do não cumprimento de questões formais na constituição do crédito, o lançamento não subsiste, e, com fulcro no art. 18, IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **000.897.585-011**, lavrado contra **ISABEL DA CUNHA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR