

**A. I. N°** - 216963.0903/14-4  
**AUTUADO** - IVANETE GOMES DA SILVA  
**AUTUANTE** - MÁRCIO LUIZ VIANA SANTOS  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**INTERNET** - 29.12.2014

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0270-01/14**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. Vícios formais e materiais do procedimento. Inexistência de qualquer termo que formalmente desse início ao procedimento fiscal: não foi lavrado nem Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, nem Termo de Início de Fiscalização, nem Termo de Apreensão. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito em 3.9.14, acusa a falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias “elencadas no Anexo 88” [sic], adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte “descredenciado”. Imposto lançado: R\$ 17.302,96. Multa: 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 14-15) pedindo a nulidade do Auto de Infração, sob alegação de que as mercadorias objeto das Notas Fiscais 731860, 724786, 724785 e 724784 não foram adquiridas por ele e nem constam em seu estoque. Diz que está sendo vítima de estelionato, conforme Boletim de Ocorrências Policial datado de 9.9.14, nº de Guia 0892014009569. Aduz que não realizou tais compras, a empresa fornecedora não possui documentos comprobatórios da confirmação da venda e não houve entrega das mercadorias. Diz que enviou em 4 de setembro de 2014 um comunicado às empresas Atlântida e Maximus atacadista, proibindo-as de realizar vendas usando o cadastro da firma Ivanete Gomes da Silva. Por isso, considera que descabe este Auto de Infração. Sustenta a inexistência do fato gerador do tributo e da multa, com a comprovação de que não houve o pedido de compra das mercadorias. Declara que “O destinatário final ficou mantido”, a mercadoria não foi entregue, não incorre o fato gerador notificado. Acrescenta que para existência de qualquer imposição tributária deve haver um fato, não se podendo, arbitrariamente, notificar um ato distinto daquele qualificado pela lei, pois se deve tributar alto, um fato gerador, que neste caso nunca ocorreu, pois a documentação existente não comprova a entrega das mercadorias. Conclui dizendo que se sente tributado injustamente por algo que não existe. Roga por justiça, alegando ser incabível o Auto de Infração apresentado, porque ocorreu seu uso indevido na aquisição de mercadorias oriundas do fornecedor já citado e não houve fato gerador que sustentasse a autuação, pois o transbordo de mercadoria é ato distinto e inconfundível, não se aplicando as supostas fundamentações legais. Pede a anulação do Auto.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 30/38) reiterando que o motivo deste Auto foi estar o contribuinte adquirindo mercadorias para comercialização em um período em que estava com sua inscrição descredenciada, sem recolhimento do ICMS devido. Fala da previsão do art. 332, III, do RICMS. Chama a atenção para a tela do SCOMT anexa. Observa que o autuado não juntou prova do que alegou na defesa. Reporta-se a decisão deste Conselho mediante o Acórdão JJF 0255-04/13. Tece

considerações sobre a matéria de prova. Cita doutrina. Reporta-se à regra do art. 141 do RPAF. Opina pela procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Este Auto de Infração, lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito, acusa a falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas para comercialização, procedentes de outro Estado.

Existem neste caso vícios de forma e vícios de conteúdo que afetam a legalidade do lançamento, não admitindo contemporização.

As questões que suscito de ofício dizem respeito à inobservância do devido procedimento fiscal, pois é meu dever, como julgador, atentar para a observância da estrita legalidade do lançamento tributário. O lançamento tributário é um ato administrativo vinculado, isto é, regrado por lei, de modo que deve ser feito como a lei manda, não dando margem a discricionariedade por parte da autoridade fiscal lançadora.

A primeira questão é quanto ao cálculo do imposto, pois a autoridade que procedeu ao lançamento não abateu os créditos do imposto destacado nas Notas Fiscais. Esse vício seria corrigível.

Há, contudo, outro vício, e este não é passível de correção: não foi lavrado nem Termo de Início de Fiscalização, nem Termo de Apreensão.

Observe-se que o modelo do Auto de Infração adotado neste caso é o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4). Deveria, portanto, ter sido emitido Termo de Apreensão” para documentar o fato em situação irregular, como manda o inciso IV do art. 28 do RPAF. Tendo em vista que o art. 29 do RPAF enumera, taxativamente, as hipóteses em que é dispensada a lavratura do Termo de Apreensão (ou do Termo de Início de Fiscalização), deduz-se, “a contrario sensu”, que em todas as demais situações não contempladas no citado dispositivo é obrigatória a lavratura do aludido termo. A jurisprudência preponderante neste Conselho relativamente à falta de Termo de Apreensão (e de Termo de Início de Fiscalização) é pela nulidade do procedimento.

Não foi lavrado nenhum termo que formalmente desse início ao procedimento fiscal: nem Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, nem Termo de Início de Fiscalização, nem Termo de Apreensão.

O autuante anexou à fl. 4 um instrumento emitido pelo setor de fiscalização de mercadorias em trânsito, que, conforme instruções impressas, deveria ser anexado ao Termo de Fiscalização. Tal instrumento não foi sequer assinado pelo fiscal autuante (a assinatura nele aposta é do preposto do autuado).

Também foi anexado às fls. 5-6 outro instrumento, igualmente emitido pelo setor de fiscalização de mercadorias em trânsito, no qual é recomendado ao “prezado servidor” que confira os cálculos “exboçados” [sic] no demonstrativo ali constante. Note-se que esse instrumento às fls. 5-6 não está assinado por ninguém.

Por essas razões, o lançamento é nulo, por inobservância do devido procedimento legal. Reafirmo que o lançamento tributário é um ato administrativo vinculado, ou seja, regrado por lei, e não um ato discricionário, devendo portanto ser feito como a lei manda.

Represento ao órgão competente no sentido de, segundo as praxes da fiscalização, determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos. É evidente que se o interessado, antes do início de nova ação fiscal, sanar as irregularidades porventura existentes, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **216963.0903/14-4**, lavrado contra **IVANETE GOMES DA SILVA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2014

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR