

PROCESSO - A.I. Nº 298951.0202/03-9  
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CEREALISTA PADIM LTDA.  
RECORRIDOS - CEREALISTA PADIM LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF Nº 0302-03/03 -  
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL  
INTERNET - 07/11/2003

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0575-11/03**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO DE PROCEDIMENTO. IMPERFEIÇÕES NO LANÇAMENTO. IMPOSSIBILITAM A CONSTITUIÇÃO REGULAR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. O lançamento do crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscal agir nos estritos termos da legislação. A autuação contém vícios jurídicos que afetam a sua validade, quando inclusive exige imposto referente aos exercícios de 2001, 2002 e 2003 em Auto de Infração modelo 4, utilizado no trânsito de mercadorias, que determina o momento da ocorrência do fato gerador em um momento único. Incerteza e inconsistência da acusação fiscal. Auto de Infração NULO. Declaração de Ofício. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cuida o presente processo de Recursos Voluntário e de Ofício, sendo o primeiro interposto pelo sujeito passivo, em razão da Decisão prolatada na 1ª Instância - Acórdão nº 0302-03/03 - respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, e o segundo interposto na própria Decisão, onde a 3ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme determina o art. 170, I, e com previsão no art. 169, I, “a” do mesmo regulamento, para apreciação por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, em face da desoneração do sujeito passivo de parte do débito imputado na peça acusatória, tendo em vista que Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte.

A exigência fiscal de ICMS no valor de R\$92.794,80, consignada no Auto de Infração descreve a infração como sendo: “utilização apenas da Nota Fiscal da Prestação de Serviços (ISS) acompanhando mercadoria tributada.”

Foi relatado na Decisão recorrida que o autuado apresentou defesa, às fls. 102 a 105, onde alegou que procedeu a uma verificação completa de todo o ordenamento processual, e concluiu que os autuantes cometem erro de fato, no lançamento ao considerar as notas de prestação de serviço, como mercadorias tributadas, e que foi aplicada a pauta fiscal de R\$60,00, como se fosse na primeira operação realizada pelos produtores.

Acrescentou ainda, que o autuado afirmando que a pessoa física Doaldo Marques dos Anjos, comprou com Nota Fiscal Avulsa nº 290523, 250 sacos de feijão de produtor rural em 26/08/02, e pagou o imposto fazendo juntada do DAE, onde alegou estar esgotada a fase de tributação. E foi informado que as mercadorias seguiram para beneficiamento e empacotamento para a Cerealista Padim, com nota fiscal de prestação de serviço onde constava o número da Nota Fiscal Avulsa, e pagando o ISS ao Município, conforme o comprovante do Banco do Brasil, e que a operação tinha sido registrada no livro de Prestação de Serviços, fazendo juntada de cópia. Foi alegado que o autuado realizou o processo de beneficiamento e empacotamento, e deixou de fazer a juntada

dos demais documentos em razão do volume dos documentos, colocando-os à disposição do Fisco para verificação, e que acreditava que os autuantes na informação fiscal fariam as devidas correções, retificando o erro de fato no lançamento, e que requereu a Improcedência da autuação.

Consta ainda do relatório que a informação fiscal (fls. 114 e 115) foi prestada por auditor designado, onde o mesmo afirmou que a alegação de erro de lançamento não procedia, porque os documentos anexados pelos autuantes às fls. 9 a 96 dos autos, demonstram a movimentação de saídas de feijão com nota fiscal de prestação de serviço, não legitimadas por documentos fiscais, formalizando operações de remessa e de retornos, configurando vendas da referida mercadoria com documentação inidônea. Concordou que deveriam ser excluídos da autuação 250 sacos de feijão constante da Nota Fiscal nº 0237, e que o autuante elaborou os demonstrativos relacionados a saídas de 22.094 sacos de feijão, através das notas fiscais de prestação de serviço, onde não houve a comprovação das remessas e dos retornos, e que deveria ser observado que o autuado comercializava aqueles produtos. E concluiu que autuação deveria ser mantida excluindo a Nota Fiscal de Prestação nº 237.

Na Decisão recorrida, a relatora considerou que o procedimento do autuado era “flagrantemente ilegal”, porque não obedeceu às normas da legislação tributária, especificamente o RICMS vigente, que no capítulo XLIX, trata de operações realizadas por estabelecimentos industriais por conta própria e de terceiros.

E observou que para realizar a operação de empacotamento de produtos agropecuários, e fazer jus à suspensão da incidência de ICMS, teria que proceder na forma prevista no capítulo XLIX supracitado.

Observou o que determina o art. 622 e seu § 2º, ao estabelecer o retorno dos produtos no prazo de 60 dias e não prorrogável, e que decorrido esse prazo o imposto será exigido. E concluiu que o autuado não atendeu aos requisitos exigidos pela legislação, e considerou que diante da comprovação do pagamento do imposto referente à Nota Fiscal nº 237, onde consta o beneficiamento e empacotamento, e faz alusão à Nota Fiscal Avulsa nº 290.523, que deveria ser excluída a citada nota fiscal, e a quantidade nela constante de 250 sacos de feijão carioquinha.

Também observou que o preço da pauta deveria ser corrigido, por que o autuante aplicou o preço único de R\$60,00 (sessenta reais), quando deve tomar por base o preço de pauta vigente no momento da ocorrência dos fatos geradores, em virtude de ser a primeira operação de circulação de mercadorias, e elaborando o demonstrativo de débito, apurou o valor de R\$65.838,50 de ICMS a ser exigido, julgando o Auto de Infração Procedente em Parte.

O sujeito passivo ao tomar ciência do Acórdão da Junta de Julgamento Fiscal conforme AR à fl. 130, interpôs Recurso Voluntário, onde aduz as seguintes razões:

- 1) que foi excluído do lançamento a Nota Fiscal nº 237, referente a Nota fiscal Avulsa nº 290.523, e que não foram excluídas as demais, onde no corpo das mesmas constam o número da Nota Fiscal Avulsa, e que por amostragem descreve o número da nota fiscal e qual a nota avulsa correspondente. Alega que todas estão com o imposto pago e fase de tributação encerrada, e só não faz juntada porque já constavam do processo, em razão do autuante ter relacionado as referidas notas fiscais.
- 2) argui que o imposto não pode ser exigido, porque já foi pago por antecipação, uma vez que o Estado só emite Nota Fiscal Avulsa com o imposto recolhido, e nova exigência configurava *bis in idem*, por isso, requer a reforma do Acórdão. Faz juntada de cópia de notas fiscais, e conclui requerendo a Improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS exarou Parecer às fls. 142 e 143, onde discorre sobre a infração apontada, o julgamento prolatado na 1<sup>a</sup> Instância e as razões aduzidas no Recurso Voluntário, e considera que os argumentos são os mesmos utilizados na defesa. E que o recorrente assevera que a nota fiscal avulsa só é emitida pelo fisco em razão do imposto ter sido pago antecipadamente, e por isso deve ser considerado para as demais notas fiscais.

Observou que nos documentos apresentados pelo recorrente no Recurso Voluntário, não constam nem nota fiscal avulsa e nem comprovante de pagamento, como ocorreu na defesa, onde diante da comprovação do pagamento, o relator excluiu a nota fiscal do débito apurado pelo autuante, e por falta de prova não pode ser feito o mesmo no julgamento do Recurso Voluntário. Concluiu que no julgamento de 1<sup>a</sup> Instância todas as alegações foram analisadas, e a ação fiscal foi considerada válida, mas, as razões apresentadas no Recurso Voluntário não proporcionam modificação no julgado recorrido e opinou pelo Não Provimento do mesmo.

## VOTO

Inicialmente, constato que a ação fiscal contém imperfeições que impossibilitam a constituição regular do crédito tributário. Verifico a 1<sup>a</sup> irregularidade, quando o Termo de Apreensão indica que foram apreendidos 22.094 sacos de feijão, e, o Termo de Depósito, sequer está assinado pelo depositário, logo, o Termo de Depósito não foi lavrado de forma válida, uma vez que está em desacordo com o que determina o art. 946 do RICMS/97, portanto, não teria como se exigir o imposto do depositário. A 2<sup>a</sup> irregularidade no Termo de Apreensão é que, enquanto a acusação fiscal exige imposto em razão de saídas de mercadorias com notas fiscais de prestação de serviços, sendo a primeira nota fiscal emitida em 18 de maio de 2001 (fl 40), de onde se infere que é incompatível a apreensão com a descrição fática, uma vez que as mercadorias não estão em estoque, e já foram vendidas.

Outra irregularidade é que a fiscalização foi realizada no estabelecimento comercial, e o autuante procedeu em total desacordo com a legislação processual vigente, ao deixar de lavrar o Termo de Intimação e Termo de Início de Fiscalização, conforme preceitua o art. 26 do RPAF/99, que considera iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, e a lavratura do Termo de Início de Fiscalização que tem por objetivo registrar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado.

De outro modo, não se trata de mero equívoco de formulário do Auto de Infração- Modelo 4 -, por que este prevê a data única de ocorrência do fato gerador, ou seja uma infração constatada em um único momento, adequado para as situações em que a fiscalização constate infrações no trânsito de mercadorias, ou diante das hipóteses de flagrante, em que se identifique, por exemplo, mercadoria estocada em estabelecimento clandestino ou de contribuinte não inscrito, ou ainda mercadoria entregue em local diverso do constante no documento fiscal, dentre outras. E no caso em exame, o Auto de Infração não se presta para apurar imposto, e principalmente os acréscimos moratórios decorrentes, relativos a infrações de períodos anteriores (2001 e 2002), provocando uma redução indevida do montante devido pelo sujeito passivo.

Neste sentido, considero que a irregularidade ocorrida no presente processo não pode ser sanada, uma vez que não foi observado o aspecto temporal que é um dos elementos do fato gerador da hipótese de incidência.

Ademais a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme previsto no Parágrafo único do art. 142 do CTN (Lei nº 5172/66), o que importa em dizer que deve a autoridade fiscal agir nos estritos termos da legislação. Ressaltando que devem ser observadas as regras de direito material e processual previstas nas leis e regulamentos, e nas rotinas administrativas, em conformidade com os roteiros de fiscalização e auditoria, com o objetivo da correção do trabalho fiscal, e consequentemente, da constituição válida do crédito tributário. Assim, não poderia o aujuante proceder ao lançamento do aludido crédito tributário, deixando de aferir adequadamente o momento em que ocorreu o fato gerador, para que ao mesmo sejam atribuídos os acréscimos moratórios devidos, tendo em vista que e a infração, como se verifica pelas notas fiscais acostadas aos autos, pode ser apurada mensalmente, e conforme a legislação determina, somente quando não for possível apurar a infração mensal, é que se considera o último dia do exercício.

Ressalte-se, ainda, que o crédito tributário é indisponível, e, portanto, não pode o agente fiscal, proceder a exigência do imposto decorrente de infrações ocorridas em exercícios anteriores (2001 e 2002), trazendo para a data de ocorrência atual (2003), e consequentemente, deixando de incidir os acréscimos moratórios sobre o valor do imposto apurado.

Por derradeiro, concluo que o Auto de Infração deve ser julgado Nulo, recomendando que seja renovado o procedimento fiscal a salvo de falhas, conforme dispõe o art. 21 do supracitado regulamento, para a exigência do imposto devido, devendo ser lavrado o Auto de Infração no estabelecimento do contribuinte, apurando o montante do débito por exercício, observando os procedimentos que a legislação processual exige, quanto a intimação, início do procedimento fiscal, indicação e juntada de provas e observância aos artigos 39 e 41 do RPAF/99.

Por todo o exposto, e consoante dispõe o art. 18, inciso IV, alínea “a” do mesmo Diploma Legal, impõe-se a decretação da Nulidade, e com fundamento no artigo 21, acima citado, recomendo o refazimento do procedimento fiscal a salvo de falhas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, de Ofício, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **298951.0202/03-9**, lavrado contra **CEREALISTA PADIM LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS