

PROCESSO - A.I. Nº 09260803/03
RECORRENTE - VISÃO ATACADO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0262/01-03
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 05.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0634-11/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO DE PROCEDIMENTO. IMPRECISÃO NA DETERMINAÇÃO DO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. 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 exige imposto antecipado referente a notas fiscais dos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2002 e janeiro de 2003, em Auto de Infração Modelo 4, utilizado no trânsito de mercadorias, que determina em um único momento a ocorrência do fato gerador. Incerteza e inconsistência da acusação fiscal. Modificada a Decisão. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em razão da Decisão prolatada na 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0262-01/03, em que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração indicado acima.

A exigência fiscal, foi levada a efeito em 07/02/03 onde apura a falta de recolhimento de ICMS a título de antecipação tributária em operações com bebidas, biscoitos e guloseimas industrializadas, e está respaldado no termo de Encerramento anexado à fl. 2 dos autos, tendo sido lançado o imposto no valor de R\$ 31.837,42 e indicado a .Multa de 60%.

Consta do relatório da Decisão recorrida que o autuado apresentou defesa suscitando a nulidade do procedimento, alegando que o Auto de Infração foi lavrado sem as formalidades legais próprias, pois foi lavrado no formulário destinado às ações fiscais desenvolvidas no trânsito de mercadorias, sendo que neste caso a fiscalização se deu foi no estabelecimento da empresa. Argumenta que a fiscalização não pode afirmar que o imposto das mercadorias em estoque não foi pago sem que fosse efetuado um levantamento global do estoque do exercício de 2001, uma vez que, em se tratando de uma empresa distribuidora a mesma acumula mercadorias, e que por isso não se pode dizer que as mercadorias estocadas são relativas a esta ou àquela nota fiscal. Protesta que não se pode cobrar imposto com base em presunção.

Argúi uma segunda preliminar, alegando que as notas fiscais foram arrecadadas no escritório de contabilidade, sem autorização da empresa. E que argüiu uma terceira preliminar onde assevera que as mercadorias encontravam-se no estabelecimento da empresa, não cabendo a uma auditora lotada na fiscalização do trânsito de mercadorias proceder à autuação sem a autorização da autoridade competente, que seria o inspetor da circunscrição fiscal da empresa. Acentua que as

mercadorias não se encontravam em trânsito, tendo o fisco feito uma “simulação de trânsito” com o fito de autuar, tanto assim que entre o início da ação fiscal e sua conclusão decorreram 86 dias.

E que argüiu ainda a quarta preliminar de que o fisco valeu-se de informações de pessoa que não é representante legal da empresa. O Sr. José Aroldo Pereira dos Santos é um simples funcionário de atendimento ao público no estabelecimento da empresa, e nunca deteve poderes para representar a sociedade, especialmente em atos de administração ou de natureza fiscal que vincule ou comprometa o patrimônio da empresa.

Quanto ao mérito, a defesa reclama que no levantamento fiscal foram listadas fraldas descartáveis como sendo mercadorias sem o imposto antecipado, porém, conforme a Nota Fiscal nº 4018 de Jeová Industrial Ltda. e GNRE anexa, o imposto se encontrava pago.

Questiona também o fato de ter sido aplicada pauta fiscal para calcular o imposto, argumentando que a pauta fiscal só é cabível quando não se conhece o valor de mercado da mercadoria.

Requer a nulidade do procedimento, ou sua improcedência.

Ainda segundo o relatório feito pelo relator da Decisão recorrida a auditora designada para prestar a informação fiscal observa que o Auto de Infração foi lavrado por funcionário que tem competência legal para fazê-lo. O Auto de Infração é lavrado sempre que, mediante ação fiscal relativa a estabelecimento de contribuinte ou desenvolvida no trânsito de mercadorias, for constatada infração à legislação tributária, sendo que a lei não distingue entre a fiscalização de trânsito e a de estabelecimento, quando esta última decorre da primeira. Observa que o Termo de Fiscalização descreve dois tipos de infração: imposto não antecipado, com base nas notas fiscais consideradas, e imposto não antecipado, com base em estocagem de mercadorias sem comprovação de sua procedência. Assim sendo, não há por que se falar em presunção. Considera que o funcionário a quem foi confiado a responsabilidade pelo estabelecimento é pessoa apta para responder por documentos e fornecer informações, não se podendo admitir que a fiscalização fosse obstada pela ausência do titular no momento da ação fiscal. Quanto à Nota Fiscal nº 4018 [de Jeová Industrial Ltda.], a auditora observa que, embora aquele documento tivesse sido mencionado pela autuante, não foi incluída na autuação. Quanto ao emprego de pauta fiscal no cálculo do imposto, o procedimento está correto, pois a Instrução Normativa nº 45/01 fixou a pauta como base de cálculo mínima para os produtos em questão, a ser utilizada quando o valor da operação acrescido da MVA for inferior ao estabelecido na pauta. Conclui opinando pela Procedência do Auto de Infração.

Na Decisão recorrida, o relator considerou que de acordo com o Termo de Fiscalização que dá suporte ao Auto de Infração, foi apurada a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, e que o débito fiscal estava respaldado nos procedimentos formalizados nos demonstrativos de fls. 3 e 4 a 11 dos autos. Apreciou as preliminares de nulidade suscitadas, e quanto a primeira concluiu que *“Na fiscalização de estabelecimento, é obrigatória a lavratura de termos de início e de encerramento de fiscalização, o que não ocorre na fiscalização do trânsito. Além disso, na fiscalização do trânsito os documentos devem ser apresentados no ato da abordagem fiscal, ao passo que na fiscalização de estabelecimento o contribuinte é intimado para apresentar os livros e documentos, concedendo-se-lhe prazo para sua exibição. No caso em apreço, como salienta a defesa, a fiscalização não ocorreu no trânsito, mas sim no estabelecimento da empresa. Tanto assim que foi lavrado Termo de Fiscalização. Também foi emitido Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, sendo concedido o prazo de 48 horas para apresentação das notas fiscais solicitadas. O fato de a fiscalização ser desenvolvida por fiscal lotado na fiscalização do trânsito não importa, desde que ele siga os roteiros e praxes, próprios da*

fiscalização de estabelecimento. Irregularidade haveria se a auditora tivesse agido por conta própria, sem ordem de serviço. O Auto de Infração foi protocolado na repartição, recebendo o “visto” do supervisor do trânsito, o que indica que a auditora atuou regularmente” E examinando outra preliminar em que o contribuinte alegou que as notas fiscais teriam sido arrecadadas no escritório de contabilidade sem autorização da empresa, considerou que sendo o contador um funcionário da empresa, ele estaria revestido da condição de preposto, respaldando-se no art. 3º do RPAF/99, e assim afastou as preliminares argüidas pelo sujeito passivo.

Quanto ao mérito, observou que embora a Nota Fiscal nº 4018 de Jeová Industrial Ltda. tenha sido anexada aos autos pela fiscalização, aquele documento não foi incluído nos demonstrativos às fls. 4 a 11. E que analisando as notas de rodapé dos demonstrativos elaborados pela autuante, consta que de fato foi adotada a pauta fiscal. Admitiu que poderia ter havido erro na indicação das quantidades de um dos itens do levantamento, no caso “vodka” e procedeu a exclusão concernente a primeira parcela do Auto de Infração, no valor de R\$ 1.820,35, por insuficiência de prova da infração, e julgou que relativamente aos demais produtos remanesce a exigência fiscal no valor de R\$30.017,07, julgando o Auto de Infração Procedente em Parte.

A sujeito passivo ao tomar ciência do julgamento de 1ª Instância, conforme AR à fl. 91 dos autos, interpôs Recurso Voluntário, às fls. 94 e 95, onde repete as preliminares alegadas na defesa, dizendo que as mercadorias que embasaram a autuação se encontravam no estabelecimento comercial como indicado no Auto de Infração e no Termo de Fiscalização e não em trânsito como afirmado pela autuante. Diz ainda que não podia a mesma, sem efetuar um levantamento global do estoque referente ao exercício de 2001, afirmar que aquelas mercadorias encontradas em estoque não tiveram o recolhimento do ICMS antecipado, por que não se pode afirmar que no caso de uma distribuidora que acumula estoque, as mercadorias estocadas sejam originária desta ou daquela nota fiscal de aquisição. Alega que os documentos que embasaram a autuação foram obtidos em desacordo com a lei, por que estava sem autorização administrativa expressa, e cita o inciso I do art. 18 do RPAF/99.

Alega ainda que houve uma “simulação de trânsito de mercadorias” tanto que entre o início da ação fiscal, em 16/10/02 e a autuação em 07/02/03, transcorreram 86 dias.

E no mérito, diz que a mercadoria relativa à Nota Fiscal nº 4018, emitida em 09/08/02, já estava acompanhada da GNRE no valor de R\$992,58, na mesma data do embarque, e quanto à pauta fiscal, a mesma só é utilizada quando não se conhece o valor de mercado, citando as Notas Fiscais nºs 0035856, 0014425 e 0014426., em que a autuante teria aplicado pauta fiscal.

Concluiu requerendo a Nulidade do Auto de Infração ou na apreciação do mérito que seja julgado Improcedente, aplicando apenas multa formal pela não entrega das informações fiscais.

A PGE/PROFIS na sua manifestação às fls. 99 e 100 dos autos, considerou que da análise das razões aduzidas na peça recursal, não existiam elementos capazes de modificar o julgamento recorrido. E entendeu que estava a infração perfeitamente tipificada, com base nos demonstrativos fiscais anexados ao processo e fundamentada na legislação vigente. Rejeitou as teses da defesa, entendendo inexistir vício que contamine o procedimento fiscal, e que o Auto de Infração foi lavrado por agente competente, e mediante a lavratura dos termos exigidos pela legislação processual. Ao final opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, constato que a ação fiscal contém imperfeições que impossibilitam a constituição regular do crédito tributário. Verifico que a fiscalização foi realizada no estabelecimento

comercial, e o autuante procedeu em total desacordo com a legislação processual vigente, ao utilizar o 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 exige imposto por falta de recolhimento a título de antecipação, relativa às aquisições de mercadorias, que consoante o art. 353, inciso II, é da responsabilidade do contribuinte do adquirente, exceto se já recebeu as referidas mercadorias com o imposto antecipado.

Ocorre que as notas fiscais arroladas no demonstrativo de entradas, às fls. 4 a 10 dos autos, se referem aos meses de setembro, outubro novembro e dezembro de 2002, cuja data da ocorrência da infração deveria ter sido considerada a do último dia do mês e a data do pagamento o dia 10 do mês subsequente.

Convém salientar que em se tratando de mercadorias elencadas na Portaria nº 270/93, a antecipação do pagamento do imposto deveria ter sido feita no momento que a mercadoria ingressasse neste Estado, mais como tal procedimento não ocorreu, uma vez que não foi trazida aos autos a prova do pagamento, portanto cabia ao autuante exigir imposto tomando por base a data determinada no art. 125, I do RICMS/97. Assim, o Auto de Infração utilizado pela fiscalização não se presta a apurar imposto, e principalmente os acréscimos moratórios decorrentes, relativos a infrações de períodos anteriores, *in casu*, dos meses do exercício de 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 autuante 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 a infração, como se verifica pelos demonstrativos elaborados, em que se procedeu a contagem do estoque em 16/10/02 (fl. 13), para exigir a antecipação do imposto das mercadorias encontradas em estoque sem nota fiscal, deveria ser observado as determinações constantes na Portaria nº 445/98, que trata no artigo 10, no caso de omissão de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

Ressalte-se ainda que o crédito tributário é indisponível, e portanto, não pode o agente fiscal, proceder à exigência do imposto decorrente de infração ocorrida em exercício anterior, *in casu*, o exercício de 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 na data da ocorrência, observando os procedimentos que a legislação processual exige, quanto ao início do procedimento fiscal, 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 à 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 **09260803/03**, lavrado contra **VISÃO ATACADO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, recomendando-se o refazimento do procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS