

**PROCESSO** - A.I. Nº 9264221/03  
**RECORRENTE** - ANDRADE E FAVILA LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0367-03/03  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 16.12.03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0686-11/03

**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 junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2002 e janeiro de 2003, em Auto de Infração Modelo 2, 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. Declarada de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 3ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração para exigir multa e ICMS em razão de (I) estocagem de bem ou mercadoria sem acompanhamento de documento fiscal idôneo; (II) falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação tributária em operação de entrada de bebidas alcoólicas e (III) recolhimento a menos do ICMS a título de antecipação tributária em operação de entrada de bebidas alcoólicas.

Sustenta a 3ª JJF na Decisão ora recorrida que:

- não obstante o recorrente refute a ação fiscal, não há comprovação da origem das mercadorias que se encontravam em seu estabelecimento sem os devidos documentos fiscais; razão pela qual entende correta a fiscalização realizada no sentido de exigir o tributo do detentor da mercadoria em situação irregular;
- do mesmo modo não são comprovados os pagamentos do imposto devido por substituição tributária que ensejaram o Auto de Infração em análise, entendendo, portanto, devida a referente exação com fulcro no art. 352, II e art. 125, II, “c” do RICMS/97.

Conclui aduzindo que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art 143 RPAF), para julgar Procedente o Auto de Infração.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega as seguintes razões:

- possibilidade de ocorrer a falência em razão do valor do crédito tributário;
- pleiteia a transformação do Auto de Infração em advertência, sustentando que jamais houve intenção em manter-se alheia ao cumprimento de suas obrigações;
- afirma o efeito confiscatório da exação, por considerá-la incompatível com o porte comercial hoje empregado na empresa;

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, entendeu que a infração constatada pelo autuante resta perfeitamente tipificada e comprovada, com fulcro nos documentos fiscais e demonstrativos elaborados acostados ao PAF.

## VOTO

Inicialmente, constato que a ação fiscal contém imperfeições que impossibilitam a constituição regular do crédito tributário. 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 2 - Trânsito, uma vez 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 verifique 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.

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 adquirente, exceto se já recebeu as referidas mercadorias com o imposto antecipado.

Ocorre que as notas fiscais arroladas no demonstrativo de entradas, às fls. 5 a 9 dos autos, se referem aos meses de junho, julho, agosto, 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.

Ressalta-se, ainda, 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 o 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 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. Em razão disso, 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 conseqüentemente, da constituição válida do crédito tributário.

Desta forma, 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.

Outrossim, cumpre destacar 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 conseqüentemente, deixando de incidir os acréscimos moratórios sobre o valor do imposto apurado.

Por fim, deixo de apreciar o efeito confiscatório das infrações suscitado pelo recorrente, uma vez que esta Egrégia Corte não tem competência para examinar matéria de ordem constitucional, conforme disposto no art. 167 do RPAF.

Nesse contexto, comungo com entendimento já firmado por este E. Conselho (Acórdão CJF nº 0634-11/03) de 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, ainda, 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 **09264221/03**, lavrado contra **ANDRADE E FAVILA LTDA.**, recomendando-se o refazimento do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 4 de dezembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

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