

PROCESSO	- A.I. Nº 08730750/01
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- MS FARMA COMERCIAL LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 2199-01/01
ORIGEM	- IFMT-DAT/NORTE
INTERNET	- 07/03/02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0091-12/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A legislação baiana não se aplica a pessoa com domicílio fiscal fora do território estadual, por força do princípio da territorialidade, somente se admitindo os efeitos da extraterritorialidade nos termos fixados em convênio entre os Estados envolvidos, *ex vi* do § 4º do art. 377 do RICMS/97. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Recurso de Ofício foi impetrado pela 1ª JJF nos termos do art. 169, Inc. I, “a”, 1, do RPAF objetivando o reexame da decisão que julgou Nulo o lançamento de ofício em epígrafe.

Um breve histórico do ocorrido nos possibilitará uma visão objetiva sobre o mesmo: A infração refere-se a não recolhimento, por contribuinte domiciliado em Sergipe, do ICMS substituído. O Auto de Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias. Quando do julgamento inicial o autuado através de advogado aduziu que: “ houve desrespeito ao princípio constitucional da territorialidade uma vez que o Estado da Bahia, só pode autuar, nos estritos limites dos convênios de que participe e não existia credenciamento prévio dos autuantes junto à Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe, contrariando o que dispõe a cláusula nona do Convênio 81/93. Diante de tais fatos, afirmou que, o procedimento fiscal não atendeu ao devido processo legal e não poderia prosperar, face ao cerceamento do direito a ampla defesa. Aduziu também que os autuantes não observaram a existência de Regime Especial para postergação do pagamento do ICMS por substituição, e ainda em vigor, da MS Farma Comercial Ltda., localizada no Estado da Bahia. Nesta situação entendeu que era totalmente Improcedente a autuação, vez que o próprio fisco atribuiu a responsabilidade do recolhimento do imposto à distribuidora localizada no Estado na Bahia. Acrescenta ainda que o autuante errou na fundamentação legal que embasou o Auto de Infração. Concluiu a sua impugnação afirmando que a ausência da capitulação legal da incidência do fato gerador do imposto, tornou autuação Nula.

O autuante prestou a informação fiscal que assim resumimos:

A diligência foi realizada junto a sede da empresa MS Farma Comercial Ltda., situada à Rua Ari Barroso, 760, na cidade de Feira de Santana, com o objetivo de verificar se a mesma estaria praticando operações de venda de medicamentos sem emissão de nota fiscal, já que vinha sendo constantemente denunciada junto à CAF. Na oportunidade o autuante efetuou Levantamento Quantitativo do Estoque em aberto de alguns itens de medicamentos e concluiu que a denúncia era procedente e que a empresa MS Farma Comercial, localizada em Aracaju - Sergipe emissora das Notas Fiscais que embasaram a autuação efetivamente não havia recolhido o imposto que diz ter substituído.

Indo ao julgamento que cuja decisão aqui se revisa o Sr. Relator emitiu um voto que restou vencido e que pode assim ser resumido: Entende que não houve invasão de competência. Diz que o Auto de Infração foi lavrado em território baiano, pela fiscalização de trânsito que, encontrando documentos fiscais emitidos pela empresa, os apreendeu e constatou que o imposto devido por Substituição Tributária não tinha sido recolhido ao Erário deste Estado. Dessa forma, não houve, por parte do fisco estadual da Bahia, “invasão” tributária/territorial, vez que a ação fiscal se deu em território baiano. Nestes termos, observa e transcreve o art. 40, § 5º da Lei nº 7.014/96 que se refere a generalidade das infrações e apreensões. Afirma que de acordo com o Convênio o autuado tem que ser inscrito no Estado da Bahia a fim de proceder a retenção do ICMS, quando da venda de seus produtos a contribuinte inscrito neste Estado, ou seja, é obrigado a ser contribuinte substituto do Estado da Bahia. Por fim, quanto ao Regime Especial que possui a MS Farma Comercial Ltda., empresa que embora possua a mesma razão social do autuado, com ela não se confunde, é necessário analisá-lo com mais atenção. A GECOT/DITRI se manifestou a favor da concessão de Regime Especial àquela empresa para postergação do pagamento do ICMS devido por antecipação tributária, incidente nas operações com mercadorias regidas pelo instituto da Substituição Tributária oriundas de outras unidades da Federação, porém que não estivessem vinculadas ao Convênio ICMS 76/94 (fl. 78 do PAF). No presente caso, as mercadorias são medicamentos, matéria pertinente ao Convênio ICMS 76/94, não podendo ser tal regime aplicado.

Por outro lado, entendo necessário trazer a este relatório do voto vencedor para que entendamos as razões que levaram a JJF a decidir como decidiu. O voto pode assim, ser resumido: apesar de o Auto de Infração ter sido emitido no modelo próprio para os procedimentos da fiscalização do trânsito de mercadorias, a ação fiscal se desenvolveu num estabelecimento em Feira de Santana. Contudo, o Auto de Infração foi lavrado em nome de uma empresa estabelecida em Sergipe. Observou como fizera o autuante e o relator do processo que, apesar de ambas as empresas terem nomes idênticos, são elas empresas distintas. Observa que procedimento realizado é típico da fiscalização de estabelecimentos, tendo sido inclusive, lavrado Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, dando o prazo legal para atendimento e solicitada a apresentação do Registro de Entradas, Notas Fiscais de compras, documentos de arrecadação, etc. Entende que o “Termo de Visita Fiscal” deve ser entendido como uma espécie de “Termo de Início de Fiscalização.” A partir deste ato entende o Sr. Relator do Voto Vencedor que a partir daqui o equívoco se consolida pois ao dizer que: “Iniciou-se nesta data a fiscalização c/contagem de estoque em aberto e verificação de Notas Fiscais de compras da empresa acima”. Esqueceu que o Auto de Infração foi emitido em nome de terceiro, uma empresa estabelecida em Sergipe, a qual não se encontrava sob ação fiscal. Entende que na verdade, o procedimento está todo irregular. Não há Termo de Encerramento de Fiscalização nem Termo de Apreensão. Os papéis de trabalho foram emitidos em nome de uma empresa de Feira de Santana, na Bahia, sendo esta a que se encontrava sob ação fiscal, porém o Auto de Infração foi lavrado contra uma empresa estabelecida em Aracaju, Sergipe, a qual foi surpreendida com um Auto de Infração sem que em relação ao seu estabelecimento houvesse a formalização de qualquer procedimento fiscal. Só por isso o Auto de Infração já é Nulo, por inobservância do devido processo legal. E mais, além dos pontos acima assinalados, os quais, como julgador, levantou de ofício, analisou outra questão suscitada pela defesa a título de preliminar; “De fato, em princípio, a legislação tem vigência no território do respectivo ente público, no caso, o Estado da Bahia. Mas o CTN, no art. 102, prevê a vigência da legislação fora do território da entidade tributante, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que o ente tributante participe e conclui: a) na fiscalização do trânsito de mercadorias, o procedimento, no posto fiscal de fronteira, segue a regra do art. 125, II, “b”, do RICMS/97; b) na fiscalização de estabelecimentos, segue-se a regra do

art. 377, § 4º. Em suma, concluiu o Relator: não há Termo de Apreensão, pois o instrumento em questão não foi assinado pela autoridade fiscalizadora; a ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento de uma empresa estabelecida na Bahia, porém o Auto de Infração foi lavrado em nome de terceiro, estabelecido em outro Estado, sem que o autuado se encontrasse sob ação fiscal; a legislação baiana não se aplica a pessoa com domicílio fiscal fora do território estadual, por força do princípio da territorialidade, somente se admitindo os efeitos da extraterritorialidade nos termos fixados em convênio entre os Estados envolvidos, sendo que neste caso não foi observada pelo fisco a cláusula nona do Convênio ICMS 81/93, reproduzida textualmente no § 4º do art. 377 do RICMS/97; na fiscalização do estabelecimento responsável pela retenção do imposto, a ação dos prepostos do fisco da unidade federada de destino (Bahia) condiciona-se a credenciamento prévio na Secretaria da Fazenda da unidade federada do estabelecimento a ser fiscalizado (Sergipe).” Vota finalmente pela NULIDADE do Auto de Infração.

VOTO

Creio que a questão foi descrita de forma clara nos votos emitidos pelo relator original que teve seu voto vencido, bem pelo relator do voto vencedor que entendo deva ser entendido como aqui transcrito com as ressalvas seguintes: efetivamente a ação fiscal se deu contra um contribuinte da Bahia, em território baiano e não poderia num passe de mágica ser transposto, na forma que foi para um contribuinte do vizinho Estado de Sergipe. Acredito que a ação fiscal poderia ser desenvolvida como foi, inclusive pela fiscalização de mercadoria em trânsito, porém como objetivo de alcançar o contribuinte que estava sendo submetido à fiscalização e não outro que apesar de ter a mesma razão social inclusive com participação societária semelhante constituem duas empresas distintas como aliás foi reconhecido por todos que intervieram neste PAF. Embora importante a falta de assinatura no termo de apreensão poderia ser corrigida em tempo. Porém a questão não é esta. A não observância do processo legal esta evidente na forma equivocada como um contribuinte que não estava sob ação fiscal sofreu um lançamento de ofício.

Inclino-me na direção do voto vencedor por entender que este compreendeu melhor os fatos descritos no PAF.

A questão obedece a um raciocínio relativamente simples: o Auto de Infração foi lavrado no Estado da Bahia contra uma empresa localizada em Sergipe e isto por si só já causaria uma nulidade impossível de ser corrigida.

Somos, portanto, pela manutenção da decisão que considerou o Auto de Infração Nulo. Recurso NÃO PROVIDO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 08730750/01, lavrado contra **MS FARMA COMERCIAL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PROFUZ