

PROCESSO - A.I. Nº 02368938/95
RECORRENTE - WINDSON PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0211-01/03
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 01.10.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0491-11/03

EMENTA: ICMS. DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA ANULADA POR FALTA DE APRECIAÇÃO, NO VOTO VENCEDOR, DA PRELIMINAR DE NULIDADE LEVANTADA DE OFÍCIO PELO RELATOR, NO VOTO VENCIDO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À 1ª INSTÂNCIA PARA APRECIAÇÃO EXCLUSIVA DA NULIDADE SUSCITADA, DE OFÍCIO, PELO RELATOR. Comprovado nos autos que o sujeito passivo tomou conhecimento do início do procedimento fiscal. Rejeitada a nulidade suscitada de ofício. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/95, exige ICMS no valor de R\$ 28.935,50, pela falta de utilização do preço máximo de venda a consumidor, conforme determina o caput da Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94 e a cláusula Terceira do Protocolo ICMS 14/85, razão pela qual, o autuado efetuou retenção a menos do imposto, nas notas fiscais de venda de produtos farmacêuticos para o Estado da Bahia, no exercício de 1994.

O processo foi apreciado pela 3ª Câmara, em 31/09/98, tendo sido julgado por Decisão não unânime pela procedência da acusação fiscal, vencido o voto do relator, afastando o argumento de nulidade suscitado no PAF. Passo a transcrever os votos, vencido e vencedor, conforme abaixo:

O Voto Vencido, mediante RESOLUÇÃO Nº 3625/98, diz o seguinte:

“Discordo data vénia do opinativo da PROFAZ.

O autuado suscita nulidade tendo em vista que os autuantes informaram no campo 4 do corpo do auto que o mesmo fora lavrado no estabelecimento, o que não teria correspondido à verdade dos fatos, o que lhe teria trazido prejuízos, além de ter o comportamento dos auditores sido contrário as normas processuais. De fato, os auditores não acataram tal afirmativa, pois disseram que estiveram no estabelecimento autuado pois só assim conseguiram xerox das Notas Fiscais, estão as fls. 42 a 150 do PAF, mas não afirmaram que lavraram o Auto e executaram os trabalhos no estabelecimento, como questionado pela empresa. Da análise do contido nas 244 do PAF, que é o termo de intimação para apresentação de livros e documentos, verifica-se que tal intimação ocorreu via fax, onde se solicitam vários livros e documentos fiscais e não só as notas fiscais que foram acostadas ao PAF. Solicitamos aos autuantes que anexassem aos autos tais documentos e eles informaram que o PAF já estava devidamente instruído, não juntando nada mais ao mesmo. De tudo quanto consta no PAF, Resta concluir, a meu ver, que o autuado foi intimada via fax, o que não é procedimento regulamentar e que o auto é realmente, assim como a fiscalização não foram lavrados ou executadas no estabelecimento do autuado. Os autuantes não lavraram ou não juntaram ao PAF o indispensável termo de inicio da ação fiscal, o que fere

frontalmente normas regulamentares. Por tudo isso, acolho a preliminar de nulidade e de acordo com o art. 18, II do RPAF voto pela nulidade do presente auto.

Quanto ao mérito, norma citada pelos autuantes é de convênio celebrado entre os Estados e os da Bahia e de São Paulo são signatários do mesmo. O autuado deve se enquadrar nessas normas e como não contestou com números, quase admitindo que realmente não usou o preço máximo de venda a consumidor, para efetuar a retenção do ICMS devido por substituição, e de se concluir que o auto é Procedente, pois a publicação da ABC Farma é publicação do órgão competente mencionado no convênio.”

Já no voto vencedor, RESOLUÇÃO Nº 3625/98, o relator assim se expressou:

“Examinados os documentos do processo e o relatório produzido, identifiquei legítima a acusação fiscal, fundamentando no seguinte:

- 1. Relativamente à preliminar de nulidade interposta pela Empresa, alegando que a lavratura da peça acusatória não se deu no espaço físico do estabelecimento, tal como indicado na mesma, resta evidenciado a superficialidade da defesa neste item, vez que a declaração dos autuantes de que o Auto de Infração fora lavrado "NO ESTABELECIMENTO", é corroborado pelo evidente exame de documentos da empresa, o que sugere o seu pacífico recebimento de quem legitimamente os possuía.*
- 2. Quanto ao mérito, a defesa impugna a lista de preços formulada pela Entidade ABCFARMA, que associa os empresários do setor específico - medicamentos, declarando que aqueles preços são sugestões nem sempre obedecidas na prática, vez que a necessidade de mercado impõe constantes promoções.*

Entendemos que quando a legislação federal - via Convênio - atribui a responsabilidade da produção desta listagem de preços, "ao órgão competente" oferta, neste momento, uma oportunidade sui generis para que se eleja ou se determine quem assumirá tal função.

- 3. Portanto, uma vez produzida e divulgada periodicamente tal lista por um órgão de classe empresarial, o costume de ser a mesma utilizada por vários contribuintes e pelo Fisco de vários Estados como referencial para cálculo da substituição tributária convencionada, outorgou ao dito órgão, o rótulo e a categoria de "competente" a que o texto legal pretendeu.*
- 4. Por fim, considerando que a empresa, além dos itens acima, limitou-se apenas a questionar a constitucionalidade da Substituição Tributária, para cujo exame falece competência a este Conselho, deixando fora da discussão os componentes e cálculos apresentados, restam não elididas as acusações objeto do Auto de Infração sob exame.*

Destarte, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração em lide, contrariamente ao Nobre Conselheiro Relator.”

Foi impetrado Recurso de Revista, tendo a Câmara Superior, mediante Acórdão CS nº 0023-27/03, entendido que não foi analisada e nem julgada a nulidade levantada pelo voto vencido, quando o Sr. relator, de Ofício, suscitou a nulidade da ação fiscal, por falta de Termo de Início de Fiscalização.

Na Decisão da Câmara Superior, foi deliberado que o processo retornasse à 1ª Instância para apreciação, exclusiva da Nulidade suscitada, também de ofício, pelo Relator em seu voto ali proferido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, deliberou que o processo fosse encaminhado em diligencia a INFRAZ Iguatemi, solicitando que a Repartição Fiscal providenciasse que fosse anexada ao PAF cópia das folhas do livro Registro de Ocorrências do autuado, onde constem as lavraturas dos Termos de Início e de Encerramento de Fiscalização.

O advogado do autuado requereu a juntada de cópia do livro Registro de Ocorrências, conforme se verifica às fls. 431 a 466 dos autos.

VOTO DA RELATORA DA 1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

“A fiscalização estadual, quando nas suas funções de controle das receitas do Erário, encontra-se investida, privativamente, do poder e dever de, constatando qualquer irregularidade tributária, buscar recuperar esta receita, espontaneamente ou de ofício, pela lavratura do Auto de Infração (art. 142 do CTN). Assim, deve a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias, e de rotinas administrativas.

Neste contexto, o processo retornou a 1^a Instância, apenas para apreciação quanto à legalidade do lançamento tributário, no que diz respeito à falta do Termo de Início de Fiscalização.

O art. 23 do RPAF/81, vigente à época da ocorrência dos fatos, dispunha o seguinte:

Art. 23. Considera-se iniciado o procedimento fiscal:

I - pela apreensão de mercadorias, livro ou documento;

II - pela intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou elementos solicitados pela fiscalização;

III - pela lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

Esta 1^a Junta de Julgamento, em pauta suplementar, encaminhou o processo em diligência a INFRAZ Iguatemi, solicitando que aquela Repartição Fiscal intimasse o autuado a apresentar o seu livro Registro de Ocorrências, no que foi atendido, conforme se verifica das cópias reprodutivas às fls. 431 a 466 dos autos.

Efetivamente, não consta que os autuantes tivessem lavrado o Termo de Início de Fiscalização, no livro Registro de Ocorrências do contribuinte autuado, fato confirmado, pelos autuantes, ao informarem que o primeiro contato com o sujeito passivo foi através de telefonema e via fax; no entanto, ao chegarem no estabelecimento, no dia 11/12/95 lavraram o Termo de Início de Fiscalização, documento anexado à fl. 331, onde se verifica o recebimento, por preposto do autuado, de cópia do citado termo.

É oportuno esclarecer que a pessoa do autuado que recebeu e tomou ciência do inicio do procedimento de fiscalização, no dia 11/12/1995, mediante o Termo de Intimação, foi a mesma quem recebeu a 3^a via do Auto de Infração, em 15/12/95, identificada pela Sra. Maria Clarice Chaves, também consta do Auto de Infração que o mesmo foi lavrado no estabelecimento do contribuinte. Reforçado tal posicionamento com a juntada de cópias dos documentos fornecidos pelo impugnante e anexados ao processo pelos autuantes.

O disposto no § 1º do art. 19 do RPAF/81, estabelece que:

Art. 19. ...

1º Não se decretará a nulidade sem prejuízo, ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa, houver atingindo a sua finalidade.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade argüida, vez que o sujeito passivo tinha conhecimento do inicio do procedimento de fiscalização, inclusive atendeu ao solicitado, ao apresentar todos os elementos materiais solicitados para a execução do procedimento fiscal. A não transcrição, no livro de Ocorrências, do Termo de Início de Fiscalização, não acarretou prejuízo ao sujeito passivo, uma vez que foi atingida a sua finalidade, ao ter, o sujeito passivo, recebido e consignada ciência da existência do referido termo. Desta maneira, não vislumbro que tenha ocorrido nenhuma das hipóteses elencadas no art. 18 do RPAF/81, para que seja decretada a nulidade do procedimento fiscal.

A ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento da empresa, tendo, naquela oportunidade, o sujeito passivo apresentado todos os elementos que deram causa a presente ação fiscal, além de constar do processo elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, inexistindo prejuízo para a parte interessada.

Ultrapassada a preliminar de nulidade argüida de ofício pelo Sr. Relator da 3ª Câmara. No mérito, que não está sendo objeto de apreciação nesta oportunidade, o Auto de Infração foi julgado Procedente, mediante Resolução nº 3.625/98.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimada a tomar ciência do resultado do julgamento de 1ª Instância que rejeitou a nulidade suscitada, a empresa retorna aos autos, desta feita através de Recurso Voluntário, argüindo em síntese:

Alega que o Auto de Infração deve ser julgado Nulo, em face da afronta aos princípios constitucionais do contraditório, processo legal e legalidade do ato administrativo e ainda pela falta da lavratura do termo de início de fiscalização. Para robustecer seus argumentos traz transcritos os artigos 419, parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e incisos I, II, III; 415, inciso III e também ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles. Conclui, pedindo Provimento do Recurso Voluntário interposto, para que seja julgada NULA a ação fiscal, pelas razões aduzidas e pelo art. 18, II do RPAF/99.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fls. 503 e 504, nos seguintes termos:

[...]

“Da análise das razões expendidas no Recurso, consideramos ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

O cerne do Auto de Infração consiste na falta de utilização do preço máximo de venda a consumidor. Conforme determina o caput da cláusula Segunda do Convênio nº 76/94 e a cláusula terceira do Protocolo ICMS nº 14/95, razão pela qual, o autuado efetuou retenção a menos do imposto, nas notas fiscais de vendas de produtos farmacêuticos para o Estado da Bahia.

No lançamento fiscal hostilizado o fato gerador do ICMS encontra-se identificado com clareza solar, não tendo o contribuinte apresentado qualquer prova capaz de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal. A preliminar de nulidade provocada pelo recorrente em virtude da falta da lavratura do termo de início de fiscalização não há de prosperar, vez que, o procedimento fiscal desenvolveu-se no estabelecimento do contribuinte e teve início regular, mediante intimação do sujeito passivo, via fax, para prestação de esclarecimentos, tendo sido lavrado o respectivo Termo de Início de Fiscalização no dia 11/12/95, conforme atesta o

documento de fl. 331 dos autos. Convém salientar que, a intimação via fax não gerou qualquer prejuízo ao contribuinte e a prova de tal assertiva é que o mesmo exerceu plenamente o seu direito constitucional de defesa em todos os momentos processuais adequados. É de se notar que, e, consonância com os termos do art. 19 do RPAF/97, não caberá a decretação de nulidade nas situações nas quais não se vislumbre a presença de prejuízo, ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa, houver atingido a sua finalidade prevista na lei.

Na hipótese em tela, a finalidade pública da lavratura do respectivo termo é não só dar ciência ao contribuinte do desencadeamento do processo de fiscalização, como também oferecer ao mesmo a possibilidade de elaborar e incrementar todas as suas teses defensivas.

A verdade é que o recorrente teve plena ciência do desencadeamento do processo de fiscalização e a prova incontestável encontra-se plasmada no próprio PAF através de suas sucessivas e constantes manifestações.

Ante o exposto, o opinativo é pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário.”

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que o Parecer da PGE/PROFIS está fundamentado na legislação tributária baiana e o seu acerto nos leva a adotá-lo como integrante deste voto em todo o seu conteúdo. Contudo, deixo de transcrevê-lo em virtude de o mesmo já fazer parte deste Relatório.

Assim, concedo este voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo integralmente a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que REJEITOU a argüição de nulidade suscitada de ofício pelo Relator da 3ª Câmara, autor do Voto Vencido no julgamento pertinente ao Auto de Infração nº 02368938/95, lavrado contra **WINDSON PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.935,50**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 61, II, “a”, da Lei nº 4825/89 e demais acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

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