

A. I. N° - 937920-7
AUTUADO - ADRIANA SOUZA DAS MERCÊS
AUTUANTE - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - IFMT DAT/NORTE
INTERNET - 11/04/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0112-03/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, havendo acordo interestadual (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, sendo o estado signatário, a responsabilidade pelo seu pagamento é atribuída ao alienante. Ilegitimidade passiva. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/11/2005, refere-se à exigência de ICMS pela falta de pagamento do imposto por antecipação, relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (medicamentos), adquiridas em outra unidade da federação, cujo pagamento não foi realizado no 1º posto fiscal do percurso da mercadoria, no valor de R\$1.069,71, infringindo deste modo o disposto nos artigos 125 II “a”, 352-A e 353 combinado com os artigos 911 e 913, todos do RICMS- BA , aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, tipificação da multa aplicada no artigo 42, II “d” da Lei 7.014/96.

O autuado apresenta impugnação, tempestivamente, às fls.25 a 30, impugnando dois lançamentos de ofício na mesma peça defensiva: o de nº 937919-3 e 937920-7. Para o auto de infração ora guerreado argúi que a nota fiscal de aquisição das mercadorias de nº 000.215, no valor de R\$3.898,00 emissão da MD COMERCIAL LTDA, localizada no Município de N. Sra. Do Socorro- Estado de Sergipe, foi emitida em 10/11/2005 e devidamente registrada no dia 14/11/2005. Insurge-se contra a exigência do imposto, alegando que o fiscal autuante utilizou o preço máximo ao consumidor para a apuração da base de cálculo, deixando de considerar as disposições do artigo 61, V do RICMS-BA, fato este que inflou demasiadamente o valor que serviu de base para a apuração do imposto. Alega que o remetente da mercadoria sofreu a tributação antecipada e que no corpo da nota fiscal, consta que o ICMS foi pago antecipadamente conforme Decreto nº 15513/9. Cita ainda, o artigo 352-A, parágrafo 1º, II do RICMS-BA, argumentando que a antecipação parcial não se aplica às mercadorias cujas operações internas estejam acobertadas por antecipação ou substituição tributária. Conclui, requerendo a procedência parcial da autuação, acolhendo como devido o imposto calculado sem a aplicação do preço máximo ao consumidor, a título de base de cálculo.

O autuante, por sua vez, na sua informação fiscal (fls 34 a 35) confirma integralmente a autuação, argumentando que as mercadorias objeto da autuação(medicamentos), estão sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação tributária, à luz do disposto no artigo 353, II, item 13, do RICMS- BA, como também do Convênio ICMS 76/94. Informa que o autuado diz que o imposto foi pago antecipadamente, entretanto não trouxe qualquer documento que comprovasse suas alegações, como também não localizou nos sistemas de arrecadação da Sefaz, registros de pagamentos relativos ao fornecedor da mercadoria. Conclui, reiterando que o autuado não cumpriu com suas obrigações fiscais e requer a procedência da autuação.

VOTO

A autuação decorreu da falta de pagamento do ICMS por antecipação tributaria, na aquisição de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação (medicamentos), produtos elencados no artigo 353, II do RICMS- BA, conforme Nota Fiscal nº 000.215.

Os produtos objeto da presente autuação são oriundos do Estado de Sergipe e se referem a medicamentos, que estão enquadrados no regime de Substituição Tributária, havendo acordo interestadual (Convênio nº 76/94) para fins de retenção de imposto por substituição.

Ex vi do artigo 370, 376,125, VI, parágrafo 1º, a responsabilidade pela retenção do imposto sobre mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, havendo acordo interestadual, é atribuída ao remetente da mercadoria localizado em outra unidade da federação. Na hipótese de não ter sido feita a retenção do imposto pelo remetente, o adquirente somente suportará o encargo do tributo de forma supletiva, ou seja, na ocorrência de impossibilidade de exigência do imposto ao remetente, o auditor fiscal deverá declarar ou demonstrar formalmente a sua impossibilidade e exigir o tributo através de Termo de Intimação para Pagamento do Débito em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto.

Em que pese a inexistência de alegações da defendente, requerendo, em preliminar a nulidade do processo administrativo fiscal, trata-se de matéria prevista no artigo 18, IV, b, configurando-se ilegitimidade passiva:

“Art. 18. São nulos:

IV – o lançamento de ofício:

(...)

b) em que se configure ilegitimidade passiva.”

É preciso que os sujeitos sejam, de acordo com a lei, partes legítimas, pois se tal não ocorrer o processo será extinto sem julgamento do mérito. Está legitimada a Fazenda Pública quando for a titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade da autuada decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, por lei, a suportar os efeitos da exação fiscal.

“Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.”

Trata-se de um dos requisitos das condições do ato constitutivo de lançamento do crédito tributário. Comprovada a ocorrência de nulidade absoluta, o ato deve ser invalidado, por iniciativa do próprio julgador, independentemente de provocação da parte interessada, tendo em vista que não está apto a produzir efeitos.

Portanto, concluo pela nulidade do Auto de Infração *sub judice*, haja vista que apresenta óbice intransponível, inquinando de nulidade o ato constitutivo de lançamento do crédito tributário.

Consoante disposto no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de incorreções.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 937920-7, lavrado contra **ADRIANA SOUZA DAS MERCÊS**. Representação à autoridade fazendária competente para instauração de novo procedimento fiscal a salvo da incorreção indicada.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2006.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR