

A. I. N° - 128984.0045/04-2
AUTUADO - GRAN-MAX COMÉRCIO ATACADISTA LTDA.
AUTUANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 10.12.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0313-02/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA E FALTA DE PROVA MATERIAL EFICAZ DO FATO. SÚMULA CONSEF N° 3. Contribuinte inscrito noutra unidade da Federação não se submete à legislação deste Estado, em face do princípio da territorialidade da legislação fiscal. Além disso, o procedimento ressentido de vício formal, por falta de Termo de Apreensão eficaz, que seria o instrumento a fazer prova da materialidade do fato. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/6/04, diz respeito a ICMS relativo a “Mercadorias, comprovadamente, não solicitadas pelo destinatário constante na Nota Fiscal” [sic]. Lançado imposto no valor de R\$2.527,20. Multa: 100%.

O autuado, estabelecido no Estado do Espírito Santo, defendeu-se explicando que iniciou tratativas para venda de cestas básicas a uma associação de aposentados e pensionistas do extremo sul da Bahia, sua cliente havia meses, e uma funcionária do setor de emissão de documentos se antecipou à efetiva venda e emitiu a Nota Fiscal em nome da citada associação, em vez de fazê-lo em nome da empresa Carpel S.A., também do Estado da Bahia.

Suscita como preliminar a ausência de requisito essencial do Auto de Infração: a identificação do sujeito passivo. Argumenta que a sua empresa, situada em Cariacica, Estado do Espírito Santo, jamais poderia constar como autuada no presente Auto de Infração, por não estar sob a jurisdição do Estado da Bahia, e tampouco por não ser responsável pelo recolhimento de ICMS para este Estado. Considera estar havendo uma extrapolação de competência da autoridade fiscal. Pede o cancelamento do Auto.

Noutra preliminar alega falta de intimação válida e de indicação da repartição. Transcreve os incisos VII e VIII do art. 39 do RPAF, para demonstrar que no Auto não consta a intimação para pagamento ou impugnação administrativa no prazo de 30 dias, com indicação das situações em que o débito poderia ser pago com multa reduzida, como também não consta a indicação da repartição fazendária onde o processo permaneceria aguardando o pagamento ou defesa. Pede o cancelamento do Auto também por esse motivo.

Numa terceira preliminar, alega cerceamento de defesa, reclamando que não foi atendida a regra do inciso III do art. 39 do RPAF, por não ter o autuante feito a descrição das circunstâncias inerentes aos fatos. Nota que o Auto de Infração apenas descreve que o autuado transportava mercadoria para contribuinte que não a havia requisitado. Argumenta que o agente fiscal deve

especificar de maneira clara o procedimento que considerou impróprio. Frisa que a Nota Fiscal não fala por si própria, não se sabendo o que levou o fiscal ao entendimento a que chegou. Pede que seja reconhecida a insubsistência da ação fiscal.

Suscita uma quarta preliminar: falta da correta demonstração do débito.

Alega inexistência de prejuízo ao erário estadual, haja vista a impossibilidade de recolhimento de ICMS nesse caso.

Questiona a multa aplicada, que diz ter natureza confiscatória.

Cita jurisprudência.

Pede que o lançamento seja declarado nulo, ou que no mérito se decida pela improcedência. Requer que as intimações sejam encaminhadas para o endereço indicado ao final da petição.

O fiscal designado para prestar a informação contrapondo que os argumentos sobre a falta de clareza na lavratura do Auto de Infração não podem ser acatados, pois as circunstâncias da infração ficaram muito bem caracterizadas quanto ao fato gerador. A seu ver, a falha ocorreu foi com relação à responsabilidade, ou seja, quanto à identificação do sujeito passivo, pois ela deveria ser atribuída ao transportador, mas este se evadiu do posto fiscal. Entende que, com relação às mercadorias em que o Estado da Bahia tem convênio ou protocolo com o Estado do Espírito Santo, o remetente é considerado contribuinte deste Estado. Observa que em se tratando de operação com açúcar envolvendo contribuintes destes Estados existe o Protocolo 21/91, sendo sua base de cálculo determinada pela cláusula terceira, item 3, conforme demonstra a seguir, remanescendo imposto no valor de R\$ 221,90. Quanto aos produtos restantes, sugere que o procedimento seja refeito contra o detentor das mercadorias o motorista Luzimar João Soares Monteiro, conforme dados coletados no Termo de Apreensão.

VOTO

O ICMS lançado neste Auto diz respeito a “Mercadorias, comprovadamente, não solicitadas pelo destinatário constante na Nota Fiscal”.

Numa das preliminares suscitadas pela defesa, é alegado cerceamento de defesa, por infringência da regra do inciso III do art. 39 do RPAF, haja vista não ter o autuante feito a descrição das circunstâncias que o levaram ao entendimento a que chegou, frisando que a Nota Fiscal não fala por si própria.

O autuado assinalou outro vício, haja vista que o fiscal autuante não atentou para o mandamento dos incisos VII e VIII do art. 39 do RPAF, pois não constar no Auto a intimação para pagamento ou impugnação administrativa no prazo de 30 dias, com indicação das situações em que o débito poderia ser pago com multa reduzida, e também por não consta nele a indicação da repartição fazendária onde o processo permaneceria aguardando o pagamento ou defesa.

Em outra preliminar, questiona a inexistência da correta demonstração do débito.

Todas essas questões poderiam ser saneadas, como prevê o § 1º do art. 18 do RPAF, com reabertura do prazo de defesa.

Há, porém, uma preliminar – a primeira – que levanta uma questão que não admite saneamento: ilegitimidade passiva.

Com efeito, somente pode figurar no pólo passivo da relação jurídica tributária quem, perante a legislação do Estado da Bahia, seja definido ou contribuinte ou como responsável. No caso em exame, o autuado não é “contribuinte” para a legislação baiana, pois ele não realiza operações mercantis no território deste Estado. Contribuinte é quem realiza fato gerador do tributo. No

caso do ICMS, o fato gerador se consuma no momento e local da “saída” das mercadorias do estabelecimento. Sendo assim, o autuado é contribuinte perante a legislação do Estado do Espírito Santo, pois é lá onde ocorrem as “saídas”, ensejando a ocorrência de fatos geradores do tributo. Na Bahia, o fato relevante neste caso não é a saída, mas o “transporte”, pois o transportador, ao adentrar fisicamente no território baiano, torna-se sujeito às leis da Bahia. Enquanto o remetente fica lá fora, não podendo a lei baiana alcançá-lo (princípio da territorialidade da lei tributária), a empresa transportadora está aqui, fisicamente, representada por seu preposto (o motorista).

Em face de reiteradas decisões deste Conselho que se ajustam perfeitamente ao caso em exame, a Câmara Superior aprovou por unanimidade a Súmula nº 3, com o seguinte enunciado:

“Súmula CONSEF nº 3

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO REMETENTE. EXTRATERRITORIALIDADE.

É nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, salvo norma expressa com determinação em contrário, a exemplo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual e das importações submetidas ao princípio do destino físico.”

O fiscal que prestou a informação sugeriu que se mantivesse o lançamento na quantia de R\$221,90, correspondente ao açúcar, haja vista que em relação a essa mercadoria existe um protocolo do qual são signatários a Bahia e o Espírito Santo.

Essa sugestão seria aceitável não fosse um óbice jurídico incontornável: inexistência de Termo de Apreensão válido. Os “termos de apreensão” às fls. 10-11 e 16-17 são inválidos, porque na verdade não foi apreendida coisa alguma, haja vista a declaração do supervisor fiscal à fl. 9. Observe-se que os aludidos termos são assinados por uma só pessoa – o autuante.

Há, por conseguinte, um vício de forma no procedimento fiscal. Esse vício implica ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório. A finalidade do Termo de Apreensão não é “prender” a mercadoria. Sua finalidade é documentar o fato. Prescreve o “caput” do art. 945 do RICMS:

“Art. 945. A apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.”

Note-se: de acordo com a cabeça do art. 945, a finalidade do Termo de Apreensão é documentar o fato, ou seja, constituir a prova de sua ocorrência. Se o fisco não lavra Termo de Apreensão juridicamente válido, como prevê a legislação, não existe prova material eficaz da infração e da autoria da infração. O termo lavrado de forma irregular é termo inexistente.

O procedimento é nulo com fundamento no art. 18, IV, “a” e “b”, do RPAF, e na Súmula CONSEF nº 3. A repartição fiscal deverá analisar se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que o interessado poderá sanar alguma irregularidade porventura existente, antes do início de nova ação fiscal.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **128984.0045/04-2**, lavrado contra **GRAN-MAX COMÉRCIO ATACADISTA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2008

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR