

A. I. Nº - 128984.0045/04-2
AUTUADO - GRAN-MAX COMÉRCIO ATACADISTA LTDA.
AUTUANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 10.12.2008

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0313-02/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA E FALTA DE PROVA MATERIAL EFICAZ DO FATO. SÚMULA CONSEF Nº 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 ressentisse 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 “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 Carpelo 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 extração 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 envoltendo 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 e 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 2^a 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