

A. I. Nº - 217676.0110/14-7
AUTUADO - JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL IND E COM PROD SAÚDE LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ SÉRGIO DE MELO ANDRADE
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 16/07/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-03/15

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Inadequação do procedimento fiscal realizado na apuração do imposto, não compatível com a fiscalização desenvolvida no trânsito de mercadorias, faltando o atendimento às formalidades inerentes à fiscalização de estabelecimento, a exemplo de intimação ou termo de início de fiscalização. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/01/2014, refere-se à exigência de R\$23.852,26 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Infração 55.02.03.

Consta, na descrição dos fatos, que foram lavrados o Auto de Infração e o Termo de Apreensão devido à cobrança a menos dos DANFES números 98487, 98497, 98496, 98505, 98507 e 98524 da JOHNSON & JOHNSON, conforme Decreto nº 14.213/2012.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 45 a 59 do PAF. Reproduz os termos da autuação fiscal e diz que o Decreto Estadual, que serve de fundamento para a exigência fiscal em questão, dispõe sobre a vedação da utilização de créditos fiscais decorrentes das entradas interestaduais de mercadorias, cujas operações sejam praticadas com aproveitamento de benefício fiscal do ICMS concedido por outras unidades da Federação.

Afirma que o débito de ICMS em questão está com sua exigibilidade suspensa, em razão de Medida Liminar concedida em sede de Mandado de Segurança. Diz que o lançamento fiscal está eivado de vícios insanáveis, devendo ser anulado, ao menos suspensos os seus trâmites.

Informa que impetrou, em 25/01/2013, o Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.0000, perante o Tribunal de Justiça da Bahia, para afastar as exigências do Decreto Estadual nº 14.213, de 22/11/2012, objetivando a concessão de Medida Liminar.

Transcreve decisão judicial em sede de Agravo Regimental, nos termos da decisão publicada em 31/07/2013. Reitera que o pedido de liminar deferido objetiva a suspensão da exigibilidade de quaisquer cobranças a título de ICMS. Reproduz o art. 151 do CTN e diz que a Fazenda do Estado da Bahia lavrou o presente Auto de Infração após a concessão da medida liminar, que determinou a suspensão da exigibilidade do ICMS cobrado com base nas disposições do Decreto Estadual nº 14.213/2012.

Frisa que estão suspensos todos os atos tendentes à cobrança, inclusive a entrega das mercadorias sob a guarda de depositário fiel, uma vez que a teor do art. 586 do Código de Processo Civil, a exigibilidade da dívida é condição para sua execução. Destaca a posição do STJ sobre essa questão.

Menciona que em razão da suspensão da exigibilidade do débito, a única hipótese em que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia poderia proceder à lavratura do Auto de Infração seria para prevenir a decadência, mas sem promover quaisquer atos tendentes a sua cobrança, incluindo-se a requisição de entrega de mercadorias. Entende que o Fisco, ao lavrar o Termo de

Apreensão de Mercadoria, objetiva o pronto recolhimento do tributo entendido como devido, o que consiste em verdadeira exigência coercitiva destinada à cobrança tributária.

Informa que obteve, em outro caso idêntico a este, decisão favorável proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal que, ao proferir o Acórdão JJF Nº 0167-05/14, entendeu por bem anular o lançamento fiscal em razão de vícios materiais e formais insanáveis.

Alega que o lançamento fiscal não poderia ser efetuado no trânsito de mercadorias, mas pelas autoridades competentes da fiscalização de comércio, onde deveria constar o Termo de Início de Fiscalização ou Intimação para apresentação dos documentos. Entende que dúvidas não restam quanto à necessidade de anulação imediata deste Auto de Infração, seja em razão da concessão da medida liminar em sede de Mandado de Segurança ou, ainda, em razão dos vícios materiais e formais insanáveis do lançamento fiscal.

Por fim, reitera o pedido de anulação do presente Auto de Infração. Ao menos, seja suspenso de qualquer ato de cobrança até decisão final do Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.0000. Pede que as intimações sejam realizadas em nome dos advogados Roberto Greco de Souza Ferreira e Marcos Ferraz Souza.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 181 a 183 dos autos, dizendo que o presente Auto de Infração foi lavrado obedecendo ao que dispõe o Decreto 12.413/2012, que dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo.

Reproduz os arts. 1º e 2º do mencionado Decreto e salienta que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, devendo o PAF ser encaminhado à DARC para inscrição do débito em Dívida Ativa, conforme arts. 113 e 117 do RPAF/BA.

Frisa que a escolha da via judicial consiste na desistência da defesa ou do recurso e o consequente encerramento do procedimento administrativo fiscal.

Pede que seja tomada a medida necessária para envio do processo à DARC para inscrição da Dívida

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, sob a acusação de que o autuado deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Em complemento, consta, na descrição dos fatos, que foram lavrados o Auto de Infração e o Termo de Apreensão, devido à cobrança a menos dos DANFES números 98487, 98497, 98496, 98505, 98507 e 98524 da JOHNSON & JOHNSON, conforme Decreto nº 14.213/2012.

O referido Decreto nº 14.213/2012 dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, estando previsto no art. 1º que “fica vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo”.

O § 1º do referido Decreto estabelece que “o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste mesmo Decreto”.

No caso de mercadorias oriundas o Estado da Paraíba, o Anexo Único do mencionado Decreto prevê o crédito fiscal no percentual de 3% sobre a base de cálculo, e em relação a medicamentos, as operações interestaduais são submetidas às regras estabelecidas por meio do Convênio ICMS 76/94.

O autuado alegou que o débito de ICMS em questão está com sua exigibilidade suspensa, em razão de Medida Liminar concedida em sede de Mandado de Segurança. Disse que o lançamento fiscal está eivado de vícios insanáveis, devendo ser anulado, ao menos suspensos os seus trâmites. Informa que impetrou, em 25/01/2013, o Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.0000, perante o Tribunal de Justiça da Bahia, para afastar as exigências do Decreto Estadual nº 14.213, de 22/11/2012. Também alegou que o lançamento fiscal não poderia ser efetuado no trânsito de mercadorias, mas pelas autoridades competentes da fiscalização de comércio, onde deveria constar o Termo de Início de Fiscalização ou Intimação para apresentação dos documentos.

Constato que, por se tratar de operação interestadual com mercadorias, o contribuinte deve observar as regras constantes na legislação do estado de origem. Neste caso, as alíquotas aplicáveis são relativas às operações interestaduais, conforme estabelece o art. 155, VII, “a” da Constituição Federal, considerando que o destinatário é contribuinte do imposto.

O autuado comprovou que impetrou, em 25/01/2013, o Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.0000, perante o Tribunal de Justiça da Bahia, para afastar as exigências do Decreto Estadual nº 14.213, de 22/11/2012. No referido processo, o contribuinte requereu que fosse determinada a imediata suspensão dos efeitos do Decreto nº 14.213, de 22/11/2012. Ou seja, existe identidade em torno do objeto envolvendo o tema constante no processo administrativo e judicial, proporcionando a aplicação do disposto no art. 122, inciso IV, do RPAF/BA, haja vista que, se considera que houve desistência da defesa, em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide.

Entretanto, caso exista erro material e/ou formal na autuação fiscal, o fato deve ser apreciado pelo órgão julgador, independente de provocação pelo autuado, de acordo com o princípio da legalidade a que estão vinculados os membros da Administração, considerando que ao julgador administrativo cabe avaliar se o processo atende às condições de validade e legalidade previstas na legislação.

Se o Auto de Infração é lavrado de acordo com a lei é válido, mas a existência de vício que afeta a sua validade compromete a sua eficácia, obstando a produção de efeitos jurídicos, devendo ser providenciado novo procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas, apurando-se o imposto devido.

No caso em exame, se a retenção do ICMS foi efetuada a menos no documento fiscal e o prazo de pagamento do imposto retido é o nono dia do mês subsequente ao da operação, entende-se que em relação ao preenchimento errado do documento fiscal, cujo imposto ainda se encontra por recolher, não fica evidenciado, no trânsito de mercadorias, que houve recolhimento a menos do ICMS.

O entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que seja emitida ordem de serviço de fiscalização em estabelecimento para averiguar as operações com mercadorias que tenham adentrado neste Estado com a alíquota de 12%, se o crédito utilizado no cálculo e recolhimento do ICMS ST foi limitado a 3%, conforme exige o Decreto Estadual nº 14.213, de 22/11/2012.

Conforme estabelece o art. 20 do RPAF/BA, “a nulidade será decretada de ofício ou a requerimento do interessado pela autoridade competente que apreciar o ato”. Neste caso, a autoridade que decretar a nulidade poderá, se for o caso, recomendar a repetição dos atos, a salvo de falhas, consoante o art. 21 do mencionado Regulamento.

Considerando a inadequação do procedimento fiscal realizado na apuração do imposto exigido e as circunstâncias em que se deu a ação fiscal, faltando o atendimento às formalidades inerentes à fiscalização de estabelecimento, a exemplo de intimação ou termo de início de fiscalização, concluo que a imputação fiscal não é compatível com a fiscalização desenvolvida no trânsito de mercadorias.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, por se encontrar eivado de vícios materiais e formais insanáveis, recomendando-se à autoridade competente a renovação da ação fiscal no estabelecimento do substituto tributário, devendo ser concedido ao contribuinte, prazo para efetuar estorno do crédito, caso a Decisão Judicial final de mérito lhe seja desfavorável.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 217676.0110/14-7**, lavrado contra **JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL IND E COM PROD SAÚDE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA