

A. I. Nº - 213080.0057/14-6
AUTUADO - LIFE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS LTDA
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 16/07/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0139-03/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Para ser lavrado Auto de Infração com exigência de tributo, é necessário que o sujeito passivo se encontre sob ação fiscal. A legislação enumera os atos que dão início ao procedimento administrativo. O Auto de Infração deve ser precedido de intimação, termo de apreensão ou de termo de início de fiscalização, salvo nas situações expressamente excepcionadas pela legislação. A falta de termo de início de fiscalização válido vicia o procedimento, pois implica violação de um direito do contribuinte, configurando, assim, prejuízo jurídico para o mesmo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/05/2014, refere-se à exigência de R\$9.289,94 de ICMS, acrescido da multa de 150%, pela falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 35, apresenta impugnação, fls. 19 a 28,

Inicialmente assinala a tempestividade da defesa, transcreve a acusação fiscal, reproduz o teor do enquadramento legal da infração e a tipificação da multa proposta.

Sustenta que recolheu dentro do prazo legal a totalidade do imposto devido a título de ICMS Substituição Tributária, qual seja, o valor de R\$9.871,78, motivo pelo qual o Auto de Infração deve ser julgado improcedente.

Observa que a legislação pátria estabelece, como forma de garantir a validade do ato administrativo e afastar qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, uma série de requisitos a serem observados pela Administração Pública quando da lavratura do Auto de Infração. Continua mencionando como exemplos de tais requisitos a serem observados pela fiscalização, o disposto nos incisos III, IV, alíneas “a” e “e”, V e VI do art. 39 do RPAF-BA/99, cujo teor transcreve.

Afirma que no caso concreto, os requisitos exigidos para lavratura do Auto de Infração não foram devidamente cumpridos, uma vez que não houve a indicação dos dispositivos legais supostamente infringidos. Explica que todos os artigos apontados como violados não se referem exatamente a condutas a serem seguidas pelo contribuinte, pois apenas são normas gerais sobre o recolhimento do tributo em questão. Destaca que tais dispositivos podem ser indicados em qualquer auto de infração, independentemente do ato praticado pelo Autuado, uma vez que possuem mera natureza conceitual.

Registra que todos os dispositivos legais apontados são regras matrizes da incidência do ICMS ou disposições acerca do conceito de contribuinte, de modo que não se referem a condutas a serem possivelmente violadas, motivo pelo qual nenhum dos artigos indicados descreve, de fato, uma conduta hipoteticamente violada.

Relata que sobre a matéria a jurisprudência dos tribunais pátrios pacificou o entendimento segundo o qual a errônea capitulação do dispositivo legal infringido leva à nulidade do auto de infração lavrado, conforme se observa da decisão do TRF4: Remessa Ex Officio. Processo número 9604230433/RS. Relatora: Luiza Dias Cassales. Diário da Justiça de 12 de janeiro de 2000, cuja ementa reproduz.

Arremata firmando que dessa forma, o auto de infração em contenda deve ser anulado, ante a ausência de requisitos necessários à sua validade.

Ao cuidar do mérito da autuação, ressalta que o Auto de Infração lavrado para exigir o pagamento do valor de R\$23.247,35, referente ao ICMS substituição tributária, acrescido de multa, por entender a fiscalização que o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição não foi recolhido.

Reafirma que em razão de o Auto de Infração não conter a descrição dos fatos minimamente necessária para entendimento do caso em apreço, tampouco a correta indicação da fundamentação legal supostamente infringida (motivo este ensejador da sua nulidade). Diz ser imperioso fazer um breve relato do ocorrido, inclusive para fins de compreensão da situação pelo julgador. Prossegue assinalando que em 08/04/2014, em seu domicílio fiscal em Pernambuco, emitiu a NF-e nº 6457, no valor de R\$81.871,78, fl. 40 - Doc. 03, referente à venda de produtos farmacêuticos (fraldas geriátricas) destinados a contribuinte domiciliado na Praia de Ipitanga/BA.

Esclarece que, por circunstâncias específicas relativas à relação comercial entre a empresa remetente e a destinatária das mercadorias, o prazo de validade da NF-e nº 6457 venceu sem que houvesse o aperfeiçoamento da relação jurídica, ou seja, sem que houvesse a saída da mercadoria do estabelecimento do remetente. Acrescenta que, em face disso, solicitou a revalidação da referida nota fiscal, fl. 42 - Doc. 04, à DFM - Diretoria Geral da Fiscalização em Trânsito da SEFAZ/PE em 16/06/2014, fl. 44 - Doc. 05, tendo sido tal solicitação deferida, nos termos do art. 85, §24, incisos I e II do Dec. nº 14.876/91, cujo teor reproduz.

Explica que, em razão da existência do Protocolo ICMS 105/2009, nas operações interestaduais destinadas ao Estado da Bahia e/ou São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento fabricante, na qualidade de contribuinte substituto, a retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes.

Registra que, sempre fiel cumpridora de suas obrigações tributárias, quando da saída da mercadoria de seu estabelecimento, ou seja, quando da ocorrência do fato gerador do tributo, que se deu em 16/06/2014, prontamente recolheu a totalidade do ICMS-ST, em 17/06/2014, no montante de R\$9.871,78, fls. 50 e 51 - Doc. 06.

Diz que para que não parem dúvidas acerca do momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, imperioso trazer à baila o que dispõem o art. 4º, inciso I da Lei nº 7.014/96 e o art. 3º, inciso I do Dec. nº 14.976/91, que tratam do ICMS da Bahia e de Pernambuco, respectivamente, cujo teor transcreve.

Revela que, partindo da fixação legal do momento da ocorrência do fato gerador, qual seja, o da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, tem-se que o recolhimento do ICMS-ST se deu de forma regular e tempestiva, ressaltando-se, ainda, que a nota fiscal relativa à operação foi devidamente revalidada pela SEFAZ/PE. Arremata frisando que, por tal razão, o lançamento ora combatido é improcedente.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos, em especial pela juntada superveniente de documentos, caso seja necessário. Declaram os advogados que

subscrevem a impugnação, sob as penas da Lei, a autenticidade de todos os documentos ora acostados.

Conclui requerendo a anulação do Auto de Infração em face da ausência de indicação dos dispositivos legais supostamente infringidos pela contribuinte, ou, caso assim não se entenda, pugna pela improcedência do Auto de Infração, haja vista o pagamento integral do tributo exigido, determinando-se o arquivamento do processo administrativo.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 54 a 56 dos autos, alinhando os argumentos que se segue.

Inicialmente observa que o autuado, em sua defesa, apresenta várias argumentações e tudo resume-se em apenas duas contestações. Frisa que a primeira alegação suscita que o ICMS não é devido porque o que ocorrera foi “um suposta não recolhimento do ICMS retido” e a segunda, requer a nulidade do auto de infração, por ausência dos requisitos necessários a sua validade, aduz ainda que houve o cerceamento de seu direito de defesa, por não ter sido atendida uma série de requisitos a serem observados pela Administração Pública quando da lavratura do Auto de Infração.

Registra que o Auto de Infração foi lavrado obedecendo aos moldes legais, pois foram indicados o fato gerador do imposto, o infrator, a infração cometida, o embasamento legal e as mercadorias que estão elencadas na substituição tributária. Observa que as fraldas objeto da autuação estão sujeitas ao regime de substituição tributária constante do Convênio ICMS 105/09. Acrescenta que também foi apontada a inobservância praticada pelo defendente e constante no referido diploma legal.

Esclarece que os critérios a serem observados para determinação da substituição tributária estabelecida são de que o produto esteja classificado no código da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado - NBM/SH e que o produto também esteja alcançado pela descrição contida neste mesmo subitem. Assinala que cumpridas as duas condições, ocorrerá a substituição de observância obrigatória.

Explica que a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos estados interessados. Destaca que, nestes termos, a peça vestibular em questão citou como dispositivos infringidos cláusulas do Protocolo ICMS nº 105/09, onde o requerente, na qualidade de contribuinte substituto, deverá observar as normas da legislação tributária da unidade da Federação de destino da mercadoria.

Destaca que o Auto de Infração foi lastreado no aludido protocolo que se encontra em pleno vigor e as mercadorias, cuja operação é exigida a antecipação do Imposto, estão elencadas no referido acordo anexado ao processo.

Informa que o ICMS foi exigido antecipadamente, pois o autuado realizou a operação de saída do produto, e por isso, é responsável pelo recolhimento do imposto relativo às operações de saídas das mercadorias, conforme prevê o RICMS-BA.

Afirma que a ação fiscal é perfeita e cristalina, não houve o chamado cerceamento do direito de defesa, eis que se trata de um fato comprovado de que o contribuinte não apresentou qualquer comprovação do recolhimento da operação.

Menciona que o documento fiscal foi emitido em 08/04/2014. Diz que o DANFE que acobertava a mercadoria foi abordada em 10/04/2014. Explica que no campo valor do ICMS substituição, estava destacado que o valor recolhido era na ordem de R\$9.871,78. Revela que para facilitar a empresa recebedora que é idônea foi efetuada a liberação e automaticamente a transferência de fiel depositária das mercadorias.

Observa que esperou por informação e apresentação do recolhimento do tributo devido constante no documento fiscal nº 6.457, fl. 06, e como não obteve resposta alguma, em 12/06/2014 efetuou

por conta própria um levantamento e constatou que não houve qualquer recolhimento por antecipação, fls. 08 a 13.

Informa que tudo está anexado ao processo. Destaca que o contribuinte não apresentou qualquer recolhimento efetivo. Assevera que não há que se falar em cerceamento do direito de defesa. Ressalta que em relação ao art. 39 do RPAF-BA/99 abordado pelo requerente em sua defesa não apresenta os fundamentos legais da respectiva lavratura. Assevera que tudo descrito está bem claro no processo como a hipótese de incidência tributária, discriminado o tributo e multa devida, mediante a explicitação da alíquotas aplicável e da base de cálculo utilizada, são elementos formais que não podem ser questionados, a não ser para efeito de procrastinação do julgamento.

Afirma que a apresentação de pedido da carta de correção, anexado ao processo à fl. 42, não dá suporte legal a pretensão do impugnante, pois o mesmo é datado de 13/06/2014 e o recolhimento apresentado e na data de 17/06/2014, fl. 51, enquanto a apresentação da defesa ocorrera em 05/09/2014.

Ressalta que a redação está bem definida e que inexistente qualquer erro no procedimento. A realidade completa que mostram os fatos aqui descortinados é que a requerente informou um suposto recolhimento retido por antecipação relativo ao DANFE nº 6.457, fl. 06, em 04/04/2014 e não recolheu nada para o Estado da Bahia.

Conclui asseverando que, com base nos argumentos informados e apresentados, mantém a ação fiscal.

Por fim, destaca que o sujeito passivo não apontou qualquer erro na ação fiscal, e pelo que dispõe o art. 143, do RPAF-BA/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado em 15/05/2014 para exigir o recolhimento do ICMS retido em decorrência da venda de mercadoria pelo autuado, estabelecido no Estado de Pernambuco, para contribuinte baiano, através do DANFE nº 6457, fl. 06, emitido em 08/04/2014 e sem data da saída.

Inicialmente, verifico que, no tocante à alegação do impugnante de que recolhera o valor exigido nos presentes autos quando ocorrera o fato gerador em 17/06/2014, não deve prosperar, haja vista não ser plausível que, após quase setenta dias após a emissão da Nota Fiscal nº 6457, cuja data de saída encontra-se em aberto no sistema de Notas Fiscais Eletrônicas, fl. 46, o referido pagamento seja atinente à operação objeto do Auto de Infração lavrado com base na data de emissão da aludida nota fiscal em 08/04/2014.

Ressalto que deve ser observado que não consta dos autos qualquer comprovação inequívoca relativa à data, à hora de saída e ao transporte, que por não constar no documento fiscal deveria ser informada no arquivo XML da NF-e modelo 55, transmitido nos termos da cláusula quinta, ou através de Registro de Saída. Nestes casos, a data de saída deve ser considerada a data da emissão da NF-e, ou seja, 08/04/2014, de acordo com a Cláusula décima terceira -A, do ajuste SINIEF 07/05, *in verbis*:

§ 7º Caso as informações relativas à data e à hora de saída não constem do arquivo XML da NF-e nem seja transmitido o Registro de Saída no prazo estabelecido no “Manual de Orientação do Contribuinte” será considerada a data de emissão da NF-e como data de saída.

Ademais, a alegação defensiva de suposta revalidação da Nota Fiscal Eletrônica, objeto da autuação, além de desprovida de comprovação nos autos, foi solicitada, fl. 42, depois de ultrapassado o interregno de trinta dias de validade para o documento, expressamente previsto no

inciso III do §21 do art. 85 do Dec. nº 14.876/91 do Estado de Pernambuco, carreado aos autos pelo próprio defendente, fl. 26, descabendo, portanto, a prorrogação e a revalidação pretendida.

Entretanto, ao compulsar os elementos que compõem os autos, e com base na previsão expressa no art. 20 do RPAF-BA/99, constato que o presente Auto de Infração, apesar de ter sido lavrado com o modelo 4, específico para infrações ocorridas no trânsito de mercadorias, não consta o Termo de Ocorrência Fiscal ou o Termo de Apreensão, fls. 03 e com a assinatura do transportador, o que demonstra não se tratar de Auto de Trânsito.

Saliento que antes de ser lavrado um Auto de Infração, é preciso que o contribuinte se encontre sob ação fiscal. Eis que, o procedimento fiscal não pode surgir aleatoriamente, seu início deve ser devidamente documentado. É imprescindível que o sujeito passivo saiba que está sendo fiscalizado, e que dessa fiscalização decorreu o lançamento do crédito tributário através do Auto de Infração. Nestes termos, expressamente a legislação determina que o Auto de Infração seja precedido de Termo de Apreensão ou de Termo de Início de Fiscalização, salvo nas situações expressamente excepcionadas pela legislação.

É indubitoso do ponto de vista formal, que se deve observar o rito, método ou critério a ser seguido na efetivação do lançamento, pois, tão importante quanto a apuração do fato em si é a forma como o fato deve ser autuado. O não atendimento de um preceito formal vicia o procedimento, afetando a sua eficácia. Deve-se verificar, em cada caso, se houve prejuízo para a parte, haja que não é toda e qualquer formalidade cuja inobservância acarreta a nulidade do procedimento. Sem dúvida, no presente caso, esse prejuízo ocorrera, pois o sujeito passivo foi surpreendido por um Auto de Infração sem que, formal e efetivamente, lhe fosse informado que estava sendo fiscalizado, circunstância que implica cerceamento de defesa.

Assim, ao surpreender o sujeito passivo com um Auto de Infração sem saber, antecipadamente, que está efetivamente sob ação fiscal, resta configurada ofensa ao princípio da segurança jurídica, um dos sustentáculos do princípio do devido processo legal.

Concluo que o lançamento é nulo por inobservância do devido procedimento legal.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **213080.0057/14-6**, lavrado contra **LIFE BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA