

A. I. Nº - 129106.0066/13-1
AUTUADO - JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO PRODUTOS DE SAÚDE LTDA.
AUTUANTE - CÉZAR AUGUSTO MOURA CARDOSO E SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 13/08/2015

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0143-04/15

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 21/07/2014, refere-se à exigência de R\$8.706,976 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pelo “destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo”.

Consta, na descrição dos fatos: “Referente a mercadorias oriundas do Estado da Paraíba, conforme DANFES 89445, 89444, 89435, 89434, 89433, 89424, 89423 e 89425 emitidos por JOHNSON E JOHNSON, para contribuinte estabelecido neste Estado, utilizando crédito de 12%, quando deveria ser de 3%, já que é vedado a utilização de créditos fiscais às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975, conforme demonstrativo de débito – apuração do icms glosado nos termos do Decreto nº 14.213/2012, anexo”

O contribuinte tomou ciência da autuação no mesmo dia da lavratura do Auto de Infração através do Sr. Gesival Luiz da Silva, RG nº 6140293, CPF nº 031.157.834-93, conforme outorga que lhe foi conferida pela empresa e constante às fls. 23/24 dos autos.

Com uma data equivocada de 03/02/2014, a Coordenação de Atendimento da IFMT NORTE intima a empresa a recolher o imposto exigido na presente ação fiscal ou apresentar defesa no prazo de 30 dias. Diante da seqüência das peças processuais, nesta intimação foi apensada cópia da decisão a respeito do pedido de reconsideração apresentado pelo impugnante ao Tribunal de Justiça deste Estado que, anteriormente, lhe havia negado a segurança pleiteada através do Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.0000 (fls. 47/50).

Em 06/11/2014, a empresa é, pela segunda vez, formalmente intimada (fl. 51), e, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 53/67) ao lançamento fiscal. Reproduzindo os termos da autuação, diz que o Decreto Estadual nº 14.213/2012, base a fundamentar 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, conforme transcreve. Em assim sendo, a fiscalização ao não reconhecer o seu direito integral do crédito fiscal (12%) na remessa interestadual realizada de mercadorias provenientes do Estado da Paraíba para o Estado da Bahia, lançou o suposto recolhimento a menor do imposto.

Informa, em seguida, de 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. Embora inicialmente indeferido, em sede de Agravo Regimental (decisão publicada em 31/07/2013) a Exma. Desembargadora Relatora Gardênia Pereira Duarte reconsiderou a sua decisão, deferindo a suspensão da exigibilidade de quaisquer cobranças a título de ICMS com base no referido ato normativo.

Reproduz o art. 151 do CTN e diz que a Fazenda do Estado da Bahia o intimou da lavratura do presente Auto de Infração em 06/11/2014, após a concessão da Medida Liminar (31/07/2013), que determinou a suspensão da exigibilidade do ICMS cobrado com base nas disposições do referido decreto, exatamente o objeto do presente Auto de Infração.

Friza 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 e apresenta os fatos acontecidos através de cronograma.

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, ainda, seja cancelada a intimação que determinou a entrega dos bens apreendidos e sob a guarda de depositário infiel, por ofensa a Súmula 323 do STF e que as intimações sejam realizadas em nome dos advogados Roberto Greco de Souza Ferreira e Marcos Ferraz Souza.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 190/191). Após, sucintamente, descrever a infração e a defesa apresentada, assim se posiciona:

1º) – A Autuada em 25/01/2013, impetrou Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.0000, perante o E. Tribunal de Justiça da Bahia, que foi NEGADO;

2º) – A Autuada obteve Medida Liminar em 31/07/2013, para determinar a suspensão da exigibilidade do ICMS, cobrado com base no Decreto Estadual nº 14.213/2012;

3º) – Como podemos observar, o Auto de Infração foi lavrado em 21/07/2013, baseado nos termos do Decreto Estadual 14.213/2012, que como já foi citado anteriormente, vedava a utilização de crédito fiscal às entradas de mercadorias contempladas com benefício fiscal, bem antes da concessão da Medida Liminar.

Diante dos fatos, concluo que a Autuada descumpriu claramente as normas legais vigentes no Estado da Bahia, motivo pelo qual requer que seja julgado PROCEDENTE o referido Auto de Infração.

VOTO

Antes de adentrar na decisão do presente processo, abordo dois pedidos feitos pelo impugnante.

No primeiro solicita que as intimações à empresa sejam realizadas em nome dos advogados Roberto Greco de Souza Ferreira e Marcos Ferraz Souza.

Sob tal aspecto, o art. 36 do Código de Processo Civil – CPC preceitua a regra de que no processo civil, as partes serão representadas por advogados. Assim, e com raras exceções pontuadas na norma, os atos processuais são realizados por advogados que atuam em nome e no interesse da parte que representa. Porém no âmbito do processo administrativo, a assistência por advogado é facultativa, não havendo restrições a que a parte (contribuinte com capacidade postulante) realize diretamente os atos processuais, conforme disposto no art. 3º, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), norma específica que disciplina o processo administrativo neste Estado, por competência instituída pela Lei nº 3.956 (COTEB). Ressalto de que, embora haja previsão expressa na norma da possibilidade do contribuinte conferir poderes a advogado para representá-lo em processo administrativo, esse mesmo diploma legal não previu a necessidade de a Administração Pública intimar o advogado, conforme se depreende das disposições do art. 108 da referida norma regulamentar. E tudo isto decorre do princípio do informalismo inerente ao processo administrativo fiscal que não se sujeita ao mesmo rigor formal dos processos judiciais. Em conclusão, a representação do contribuinte por advogado não implica para a Administração Pública um dever de intimá-lo na pessoa do advogado e no domicílio profissional deste, não acarretando qualquer nulidade dos atos processuais que assim não sejam realizados.

Entretanto, nada obsta de que as intimações e decisões da presente lide sejam dadas a conhecer aos advogados constituídos pelo contribuinte. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, como inclusive é a prática deste Colegiado, quando eles, neste foro administrativo se cadastram. E, para não restar qualquer dúvida, relembro ao nobre patrono do contribuinte de que, conforme determinações legais, as sessões de julgamento deste Colegiado são publicadas no Diário Oficial do Estado (art. 49 do Regimento Interno deste CONSEF) e no site da Secretaria da Fazenda.

No segundo, solicita de que seja cancelada a intimação que determinou a entrega dos bens apreendidos e sob a guarda de depositário infiel, por ofensa a Súmula nº 323 do STF.

Este é pedido que não compete a este CONSEF apreciá-lo no bojo do presente processo pois, embora advindo da autuação, não guarda relação com a matéria ora posta.

Isto posto, o motivo da presente autuação foi a constatação, pelo fisco estadual e no trânsito de mercadorias, do contribuinte, na qualidade de sujeito passivo por substituição, estabelecido no Estado da Paraíba, ter emitido documentos fiscais calculando o imposto devido a este Estado e consignado nos referidos documentos utilizando crédito fiscal de 12% ao invés de 3%, conforme previsto no anexo único do Decreto nº 14.213/12.

O 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*”. Indo adiante, no seu § 1º dispõe 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*”.

Na situação de mercadorias oriundas do 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 às mercadorias submetidas às regras estabelecidas pelo Convênio ICMS 76/94, como é o caso presente.

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 ou, 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.

Resta comprovado nos autos que o impugnante impetrou Mandado de Segurança de nº 0001184-25.2013.8.05.0000 para afastar as exigências do Decreto Estadual nº 14.213, de 22/11/2012. Embora inicialmente indeferido, em sede de Agravo Regimental (decisão publicada em 31/07/2013) a Exma. Desembargadora Relatora Gardênia Pereira Duarte reconsiderou a sua decisão, deferindo a suspensão da exigibilidade de quaisquer cobranças a título de ICMS com base no nominado decreto.

Diante da decisão proferida e da perfeita identidade do objeto envolvendo o tema constante no processo administrativo e judicial, assim impõe o RPAF/BA:

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:

IV - com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa;

Como se denota, a norma acima transcrita impõe a extinção do processo administrativo fiscal com a abstenção deste foro administrativo de adentrar na questão posta perante o poder judiciário.

Entretanto, o impugnante levantou outra questão existente no presente processo que deságua em vício insanável e que afeta a validade do lançamento fiscal, comprometendo a sua eficácia em produzir qualquer efeito legal. Ressalto, neste momento, que este órgão julgador administrativo encontra-se intrinsecamente vinculado ao princípio da legalidade, pois lhe compete avaliar e decidir se o processo atende a tais condições, previstas na legislação tributária, independente mesmo de provocação do contribuinte. E no presente caso, determinar o envio do processo á PGE/PROFIS para que sejam tomadas as devidas providências, já que a exigibilidade do crédito encontra-se suspensa até trânsito em julgado pelo Poder Judiciário é procedimento que afeta a sua eficácia, não se constituindo a melhor solução a ser adotada.

O impugnante alega de que o lançamento fiscal não poderia ter sido realizado no trânsito de mercadorias, mas sim pelas autoridades competentes da fiscalização de comércio, onde deveria constar o Termo de Início de Fiscalização ou Intimação para apresentação dos documentos.

Ao analisar as peças processuais, a empresa ao emitir a nota fiscal com a apuração do imposto devido por substituição a este Estado o fez com alíquota de 12% ao invés de 3% conforme dispõe o Decreto nº 14.213/12. No entanto, não é ele obrigado a transitar com o ICMS pago antecipadamente já que, ao dispor de inscrição especial como substituto tributário, deve pagar todo o valor devido nas operações mensais no mês subsequente, como determina o Convênio ICMS 76/94 do qual Paraíba e Bahia são signatários.

Com as mercadorias em trânsito e na condição acima exposta, não houve falta de recolhimento do ICMS-ST, pois o impugnante se encontrava dentro do prazo legal para efetuar o pagamento. E mais, destaque a menos do ICMS em um documento fiscal não implica, necessariamente, em recolhimento a menos. No caso presente, o que existe é, apenas, uma presunção ou mesmo expectativa do fisco estadual de que a empresa recolheria o imposto devido como apurado nos documentos fiscais. Neste caso, deveria a fiscalização de trânsito informar tais operações à inspetoria vinculada ao estabelecimento remetente (substituto tributário), para que ela emita ordem de serviço de fiscalização em estabelecimento, visando averigar, não apenas estas notas

fiscais, mas outras que porventura tenham adentrado a este Estado com a alíquota de 12%, se o crédito utilizado no cálculo do recolhimento do imposto ST restou limitado a 3%, ou não, conforme a legislação baiana em vigor exige, visando, inclusive, inibir a decadência do débito tributário.

Assim, o Auto de Infração não se encontra amparado pelo princípio basilar da legalidade, pois lavrado sem a prova material da infração e baseado, apenas, em uma presunção de que a infração viria a acontecer.

O procedimento fiscal correto, no caso específico, não cabe aos agentes da fiscalização no trânsito de mercadorias, mas sim, aos auditores da inspetoria à qual está vinculada a inscrição do impugnante, na condição de substituto tributário.

No mais, ressalto que este é o entendimento que vem prevalecendo neste Colegiado, conforme exemplo dos Acórdãos JJF nº 0167-05/14 e 0134-03/15.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, por se encontrar ele eivado de vícios materiais e formais insanáveis, recomendando-se à autoridade competente a renovação da ação fiscal, a salvo de falhas, no estabelecimento do substituto tributário e visando a preservação do Erário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **129106.0066/13-1**, lavrado contra **JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE SAÚDE LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente a renovação da ação fiscal, a salvo de falhas, no estabelecimento do substituto tributário e visando a preservação do Erário.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR