

PROCESSO	- A.I. Nº 09198776/01
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S.A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 2041-03/01
ORIGEM	- IFMT-DAT/SUL
INTERNET	- 07/03/02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0077-12/02

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO. Modificada a decisão. Concluído que o sujeito passivo é legítimo, a nulidade decretada deve ser afastada, retornando os autos para à apreciação do mérito da autuação pela 1ª Instância. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício processado com fundamento no § 2º, acrescido ao art. 169 do RPAF vigente, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, através da alteração introduzida pelo Decreto n.º 7.851/00, por determinação do Sr. Presidente deste Colegiado, porque o resultado do julgamento levado a efeito configuraria decisão manifestamente contrária à legislação tributária (art. 374, do RICMS/97), bem como às provas constantes dos autos e entendimento manifestado em julgamentos reiterados deste CONSEF.

A presente autuação exige imposto e multa em razão da retenção e recolhimento a menos de ICMS, na qualidade de contribuinte responsável por substituição, relativo a vendas de medicamentos realizadas pelo autuado, localizado no Estado de Minas Gerais, para contribuintes localizados neste Estado, produtos enquadrados na Portaria n.º 270/93.

A 3ª JJF, por decisão unânime, julgou Nulo o Auto de Infração, por ilegitimidade do sujeito passivo, por entender que, de acordo com o Convênio ICMS nº 76/94, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias, caberia ao industrial fabricante e ao importador a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do ICMS, por Substituição Tributária, sendo, no presente caso, indevida a exigência do imposto do remetente, por ilegitimidade passiva, uma vez que se trata de distribuidor atacadista, e porque o Regime Especial concedido através do Parecer GETRI n.º 1082/93 teria sido deferido a outro contribuinte, e por isso, não poderia ser invocado no presente caso.

Ocorre que, conforme se verifica nas notas fiscais de fls. 5 e 7 dos autos, o próprio autuado fez a retenção do imposto – sendo que a discussão, neste PAF, se referiria se esta retenção foi efetuada com a base de cálculo correta – mencionando no corpo das mesmas: “Reg-Esp-Ba 1082/93 Proc. 501.202/93 Insc. 36.309.649”.

Como Relator do PAF, tomei a liberdade de anexar aos autos a cópia do citado processo, fls. 54 a 61, onde consta que o mesmo se refere à inscrição estadual n.º 30.624.177, estabelecimento que se localizava no bairro de Porto Seco Pirajá, nesta Capital – diferente do autuado – cuja inscrição fora baixada em 06/10/98, em que lhe era concedido prazo para que este procedesse ao recolhimento do imposto retido de seus clientes, baianos, referente as suas vendas de mercadorias elencadas na Portaria n.º 270/93.

Estaria o autuado, portanto, incorrendo em infração à legislação estadual por efetuar retenção, e talvez o respectivo recolhimento, do imposto cuja responsabilidade não lhe fora atribuída.

Assim, na sessão realizada no dia 10 de dezembro de 2001, esta CJF deliberou que o PAF fosse encaminhado em diligência a DITRI/SAT, para que se esclarecesse com base em que dispositivo legal, ou ato firmado entre o Estado e o contribuinte, este vem procedendo a tal retenção, e, se esta estiver se configurando em irregularidade, qual a providência adotada pela Administração Tributária Estadual para coibi-la.

Em cumprimento à diligência solicitada, a DITRI/SAT anexou documentação, fls. 63 e 64, onde consta a cassação do mencionado regime, e prestou a seguinte informação, fl. 65, “em resposta, temos a informar que, a pedido da Fiscalização, o autuado teve o Regime Especial concedido mediante Parecer GETRI n.º 1082/93, (que visava pagar o imposto relativo às operações interestaduais com mercadorias elencadas na Portaria 270/93), cancelado em 28/12/2001, pelo Parecer GECOT n.º 5578/2001, que ora anexamos.”

Após esta informação, tomei, novamente, a liberdade de anexar o Parecer GECOT n.º 009/98 (fls. 73 a 75) que alterou o Regime Especial concedido através do Parecer GETRI n.º 1082/93, e as informações cadastrais, colhidas no SIDAT, do estabelecimento que se localizava na cidade de Salvador, inscrição estadual n.º 30.624.177 (fl. 76) e da matriz, localizada na cidade de Uberlândia, M.G., inscrição estadual n.º 36.309.649 (fls. 77 a 81), sujeito passivo deste PAF.

VOTO

A presente autuação decorreu da constatação de que o autuado promoveu a retenção, e provavelmente o conseqüente recolhimento, a menos de ICMS, na qualidade de contribuinte responsável por substituição, relativo a vendas de medicamentos realizadas pelo autuado, localizado no Estado de Minas Gerais, para contribuintes localizados neste Estado, produtos enquadrados na Portaria n.º 270/93.

Inicialmente, esclareço que o art. 1º, da Portaria n.º 270/93, e seu inciso VIII, acrescido pela Portaria n.º 141, de 12/04/94, DOE de 13/04/94, efeitos a partir de 13/04/94, determinam que ficam obrigados a antecipar o recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, no território deste Estado, os contribuintes que adquirirem produtos farmacêuticos medicinais, inclusive derivados de plantas medicinais soros e vacinas, de uso não veterinário, absorventes higiênicos e fraldas, mamadeiras, gaze, algodão, atadura, esparadrapo, preservativos, seringas, escovas e pastas dentífricas, que é o caso dos produtos objeto da ação fiscal, e o seu art. 2º faculta ao contribuinte destinatário requerer Regime Especial para recolhimento até o 5º dia subsequente ao da entrada das mercadorias no estabelecimento ou, tratando-se de supermercados ou atacadistas, até o 9º dia do mês subsequente a essa entrada.

Na Decisão ora recorrida, a 3ª JJF, por decisão unânime, decretou a Nulidade do Auto de Infração, por ilegitimidade do sujeito passivo, por entender que:

1. de acordo com o Convênio ICMS nº 76/94, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias, caberia ao industrial fabricante e ao importador a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do ICMS, por Substituição Tributária, sendo, no presente caso, indevida a exigência do imposto do remetente, por ilegitimidade passiva, uma vez que se trata de distribuidor atacadista,
2. e porque o Regime Especial concedido através do Parecer GETRI n.º 1082/93 teria sido deferido a outro contribuinte, e por isso, não poderia ser invocado no presente caso.

Quanto à primeira motivação mencionada, nada tenho a discordar pois, efetivamente, o recorrido é distribuidor atacadista.

Discordo, no entanto, do entendimento manifestado pela d. 3ª JF em relação à impossibilidade de ser invocado o Regime Especial concedido através do Parecer GETRI n.º 1082/93, por ter sido deferido a outro contribuinte, estabelecimento que já fora sua filial, pelas razões que passo a expor.

No ano de 1993, a empresa então denominada Martins, Comércio, Importação e Exportação Ltda. dirigiu petição à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, onde requereu a concessão de Regime Especial de tributação que lhe atribuisse a condição de responsável pela retenção e recolhimento do ICMS antecipado, devido por ocasião da entrada das mercadorias constantes da Portaria n.º 270/93, sujeitas à Substituição Tributária neste Estado, adquiridas por contribuintes aqui estabelecidos, oriundas de qualquer um dos seus estabelecimentos sediados em Minas Gerais – Uberlândia, além de prazo para efetuar o pagamento deste imposto até o 5º (quinto) dia após o ingresso destas mercadorias no território deste Estado.

Tal Regime Especial foi concedido em 27/10/93, sendo que entendi conveniente transcrever algumas das cláusulas contidas nos “Termos do Regime Especial”, fls. 57 a 59, como segue:

“CLÁUSULA PRIMEIRA: Nas operações de saídas das mercadorias sujeitas à cobrança antecipada do ICMS neste Estado, na primeira Repartição Fazendária do percurso, realizadas pela empresa Martins Comércio Importação e Exportação Ltda, doravante denominada de Signatária, sediada no Estado de Minas Gerais, na cidade de Uberlândia, promovidas por quaisquer de seus estabelecimentos, com destino ao Estado da Bahia, assumirá a citada empresa a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do ICMS de forma antecipada, devido por ocasião da entrada das citadas mercadorias no território baiano, quando as mesmas forem destinadas para contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes deste Estado, exceto aqueles estabelecidos no código de atividade 61.30.7. .”

“CLÁUSULA QUARTA: O estabelecimento da empresa, inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS da Bahia sob o n.º 30.624.177, com endereço na rua “C”, Quadra “B”, Lt. 03, Km 09/10, Br 324, Porto Seco Pirajá, será para os efeitos deste Regime Especial, o responsável pelo cumprimento de todas as obrigações tributárias da Signatária perante o Fisco Estadual.”

“CLÁUSULA OITAVA: A Signatária se obriga a cumprir todas as Cláusulas do presente Regime Especial, bem como as demais obrigações tributárias pertinentes.”

Da leitura das Cláusulas acima, concluo, com tranqüilidade, que o Regime Especial foi concedido ao estabelecimento localizado na cidade de Uberlândia, que era inscrito no CNPJ n.º 17.792.458/0001-23 (fl. 77), da empresa Martins Comércio Importação e Exportação Ltda, sendo atribuída, somente, a responsabilidade pelo cumprimento de todas as obrigações tributárias da Signatária perante o Fisco Estadual, ao seu estabelecimento filial localizado em Pirajá, Salvador.

Por esta razão, de imediato, entendi equivocada a decisão da 3ª JF que declarou a Nulidade do Auto de Infração, por ilegitimidade do sujeito passivo, porque o recorrido foi o estabelecimento localizado em Uberlândia, uma vez que aquele localizado em Salvador já se encontrava baixado desde 06/10/98.

Porém, para afastar qualquer dúvida que ainda possa persistir, passo a relatar os fatos históricos ocorridos com este contribuinte.

Em 1997, a empresa Martins Comércio Importação e Exportação Ltda, localizada na cidade de Uberlândia, que era inscrita no CNPJ n.º 17.792.458/0001-23, através do Processo n.º 002578/97, solicitou alteração do Regime Especial que lhe atribuiu a condição de responsável pela retenção e recolhimento do ICMS antecipado devido por ocasião da entrada das mercadorias constantes da Port. 270/93, sujeitas à Substituição Tributária neste Estado, adquiridas por contribuintes aqui

estabelecidos, oriundas de qualquer um de seus estabelecimentos sediados em Minas Gérias, na cidade de Uberlândia (fl. 73).

Tal pedido de alteração decorreu do fato da empresa signatária ter sido incorporada pela empresa Marbo Transportes e Comércio Ltda, o que resultou, dentre outras alterações, na mudança de sua razão social para MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO LTDA (que, em 12/12/97, passou a denominar-se Martins Comércio e Serviços de Distribuição S/A, fl. 27, denominação esta mantida até o presente). Outra alteração, foi a mudança do seu CNPJ de 17.792.458/0001-23 para 43.214.055/0001-07.

Este pedido foi atendido, em 09/01/98, onde o Diretor do DAT resolveu “ALTERAR, nos termos do Parecer/GECOT n.º 009/98, REGIME ESPECIAL concedido através do Parecer / GETRI n.º 1082/93 à empresa MARTINS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., de forma a alterar dados da beneficiária constantes do mesmo, em virtude da ocorrência de incorporação, resultando na mudança da razão social para MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO LTDA., bem como, relativamente ao endereço de sua matriz para a Av. José Andraus Gassani, 5.400, Distrito Industrial em Uberlândia – MG.”

Depois disso, como já mencionei, o estabelecimento localizado em Salvador teve a sua inscrição estadual baixada.

Pelo que expus, a minha conclusão é que, desde o início, o recorrido era responsável pela retenção e pelo recolhimento do ICMS antecipado devido por ocasião da entrada das mercadorias constantes da Port. 270/93, sujeitas à substituição tributária neste Estado, que é o caso de medicamentos, adquiridas por contribuintes aqui estabelecidos, oriundas de qualquer um de seus estabelecimentos sediados em Minas Gérias, na cidade de Uberlândia, sendo que aquele localizado em Salvador lhe substituiu nesta responsabilidade, mas que, após as alterações ocorridas quando da sua incorporação pela Marbo Transportes e Comércio Ltda, que culminou, inclusive, na sua baixa, nem esta substituição continuou prevalecendo.

Desta forma, entendo correta a iniciativa do Presidente do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), que determinou o processamento do recurso de ofício, uma vez que ficou configurada que a Decisão Recorrida está, manifestamente, contrária às provas dos autos (§ 2º, do art. 169, do RPAF/99), pois o autuado é o sujeito passivo desta relação tributária, e o meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, para modificar a Decisão Recorrida, e afastar a nulidade decretada pela 3ª JF, e determinar o retorno dos autos à 1ª Instância para apreciação do mérito da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado, para modificar a Decisão Recorrida e afastar a Nulidade decretada do Auto de Infração nº 09198776/01, lavrado contra **MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S.A.**, que deve retornar à 1ª Instância para apreciação do mérito da autuação.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFZ