

PROCESSO - A.I. Nº 09198776/01
RECORRENTE - MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0150-03/02
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 15.08.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0295-11/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS. MEDICAMENTOS. Na presente situação, embora fosse contribuinte atacadista, o autuado possuía Regime Especial para efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS, por antecipação, nas saídas de mercadorias de seu estabelecimento para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para reclamar o ICMS recolhido a menos e acrescido da multa de 60%, por antecipação, em relação às mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 315569 e 315570, e enquadradas na substituição tributária por força de Convênios e Protocolos.

O Auto de Infração foi julgado procedente, tendo o Relator da 3ª JF apresentado os seguintes fundamentos:

“Inicialmente, deixo de acatar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, uma vez que, embora de forma resumida, o presente lançamento descreve satisfatoriamente a infração, com a identificação do sujeito passivo e a determinação da base de cálculo e do imposto devido, de acordo com o artigo 39 do RPAF/99.

Quanto ao entendimento desta JF, de existência de ilegitimidade passiva do autuado na relação jurídico-tributária, deve-se ressaltar que foi baseado na legislação vigente (Convênio ICMS 76/94) e nas provas até então acostadas aos autos, haja vista que, acorde os documentos de fls. 48 a 49, o Regime Especial foi concedido, através do Parecer GETRI nº 1082/93, ao estabelecimento filial localizado na Bahia e não ao autuado.

Não obstante isso, com fundamento em outros elementos de prova posteriormente anexados ao processo, a Douta 2ª CJF decidiu reformar o julgamento desta primeira instância, restando-me apenas a apreciação do mérito da lide.

O presente Auto de Infração foi lavrado contra uma empresa distribuidora atacadista, situada no Estado de Minas Gerais, em razão da venda de medicamentos a estabelecimento localizado na Bahia, tendo sido o imposto apurado, pela fiscalização, no trânsito de mercadorias.

O Convênio ICMS nº 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, do qual ambas as unidades federativas eram signatárias, à época dos fatos relatados neste lançamento, estabelece o seguinte:

Cláusula primeira – Nas operações com os produtos a seguir indicados, classificados nos respectivos códigos ou posições da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS relativo às operações subseqüentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário”.

Entretanto, o Digno Relator da segunda instância transcreveu algumas das cláusulas contidas nos “Termos do Regime Especial”, acostado às fls. 57 a 59, firmado entre o autuado e a SEFAZ/BA, dentre as quais a Cláusula Primeira, com a seguinte redação:

“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...”

Dessa forma, é de se concluir que o autuado é realmente o responsável pela retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS devido por antecipação, relativamente às Notas Fiscais objeto desta autuação, haja vista que o destinatário das mercadorias não está inscrito no código de atividades nº 61.30-7 (supermercados), devendo ser exigido o imposto ora apurado, pois o contribuinte não comprovou o efetivo cumprimento de sua obrigação tributária, isto é:

- 1. não efetuou a retenção e o recolhimento do tributo relativo à Nota Fiscal nº 315.569, não podendo ser aceito, como elemento de prova, o DAE acostado ao PAF pelo autuado, já que se refere também a outras notas fiscais, não apresentadas pelo contribuinte, o que impossibilita a conferência de sua correção;*
- 2. efetuou o recolhimento a menos do imposto, relativamente à Nota Fiscal nº 315.570, porque os preços dos medicamentos, fabricados pelo Laboratório Boehringer, embora possuam preços incluídos nas listas elaboradas em conformidade com a Portaria nº 37/92 do Ministério da Fazenda, não foram adotados pelo autuado para a apuração da base de cálculo do ICMS.*

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário onde alega que a Decisão Recorrida reconheceu que o autuado é empresa com atividade de Distribuidora Atacadista e possui suporte normativo o Convênio nº 76/94 e o conteúdo do Regime Especial.

Questiona a base de cálculo aplicada afirmando que não houve demonstração com elementos de suporte como se chegou até ela, sendo, de extrema necessidade a sua demonstração de forma clara e objetiva, motivo pelo qual insiste na nulidade da autuação.

Afirma que o recolhimento da Nota Fiscal nº 315569 já fora efetuado o que comprova o DAE anexo, afirmando ainda que o ônus da prova, neste instante cabe à administração que poderá verificar os recolhimentos efetuados.

Segue alegando que o Regime Especial foi desconsiderado, ao contrário dos julgamentos anteriores, já que o recorrente estaria sujeita a coercibilidade do citado Regime.

Em Parecer, a PROFAZ opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que os argumentos trazidos já foram analisados previamente não trazendo nenhum elemento capaz de ensejar a alteração do julgado.

VOTO

Neste Recurso Voluntário o recorrente, em preliminar, insiste mais uma vez na nulidade da presente autuação por falta de demonstração da base de cálculo.

Esquece-se o recorrente que às fls. 2 do Auto de Infração foi anexado pelo fiscal Autuante o demonstrativo da base de cálculo, ficando assim afastada a nulidade aventada.

Quanto ao mérito, repete a mesma argumentação já analisada pela primeira instância, de que o pagamento da Nota Fiscal nº 315569 já fora efetuado o que somente poderia ser acatado caso houvesse a certeza do pagamento, o que não pode se ter com a simples apresentação do DAE, considerando que aquele DAE faz referência a diversas notas fiscais, não se podendo afirmar o valor que foi recolhido em relação à Nota Fiscal nº 315569.

Não deve ser esquecido que o objeto da presente autuação é exatamente recolhimento a menor do imposto e não simplesmente a falta de recolhimento e, *data venia*, as provas carreadas pelo recorrente não afastam a legitimidade da autuação.

Pelo exposto, concordo com o Parecer exarado pela representante da PROFAZ e NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a autuação de acordo com o julgamento realizado pela 3ª JF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **09198776/01**, lavrado contra **MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.658,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR.DA PROFAZ