

A. I. Nº - 919877-6/01
AUTUADO - MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A.
AUTUANTE - HUGO CÉSAR OLIVEIRA MELO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 10/05/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0150-03/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS. MEDICAMENTOS. PORTARIA Nº 270/93. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 05/03/01, para exigir o ICMS no valor de R\$2.658,20 acrescido da multa de 60%, em decorrência do recolhimento a menos do imposto, 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 autuado apresentou defesa, às fls. 10 a 16, através de advogado legalmente habilitado, preliminarmente suscitando a nulidade do lançamento, em relação à Nota Fiscal nº 315.570, por cerceamento de seu direito de defesa, uma vez que a imputação fiscal é genérica e não indica os fundamentos fáticos que levaram a fiscalização a pleitear o recebimento de tributo e a impor penalidade e, além disso, a base de cálculo utilizada para a obtenção do pretenso imposto também não foi especificada no Auto de Infração e não guarda relação com a operação desenvolvida.

Argumenta, ainda, que, “conforme consignado no documento fiscal em comento, as mercadorias objeto das operações que culminaram na autuação combatida, são tributadas através de substituição tributária, em que o sujeito passivo da obrigação não é a pessoa jurídica autuada”, já que é “mera intermediária na cadeia de distribuição dos produtos”.

Finalmente, alega que possui Regime Especial, concedido pelo Estado da Bahia, conforme consignado nas Notas Fiscais emitidas, que estabelece forma de tributação específica e diferenciada, o qual deve ser respeitado pela Administração Tributária.

No mérito, esclarece que o transporte das mercadorias, objeto desta autuação, foi acobertado por duas notas fiscais distintas, destinadas a estabelecimentos situados em Vitória da Conquista – Bahia e a imputação fiscal (de recolhimento a menos do ICMS) ocorreu em razão de erro no preenchimento dos citados documentos fiscais.

Em relação à Nota Fiscal nº 315.569, alega que o imposto incidente na operação foi corretamente recolhido, de acordo com a cópia do documento de arrecadação acostado à fl. 36, requerendo a juntada posterior do documento devidamente autenticado. Explica que tal requerimento se faz necessário em razão de o pagamento ter sido efetuado por contribuinte diverso, localizado em outro domicílio. Conclui dizendo que, uma vez recolhido o tributo, deve ser extinto o crédito tributário, em conformidade com o artigo 156, incisos I e VII do CTN.

A final, pede que seja julgado improcedente o presente lançamento.

Na informação fiscal, a auditora fiscal designada (às fls. 38 e 39), argumenta que o autuado incompreensivelmente se refere a uma filial de sua empresa, situada em João Pessoa – PB, que não possui nenhum vínculo com esta autuação.

Afirma que a responsabilidade do remetente (no caso, o autuado) pelo pagamento do ICMS, por substituição tributária, é determinada claramente pelo disposto nos artigos 358, inciso II e 373 do RICMS/97 e o contribuinte fez constar a retenção do imposto na Nota Fiscal nº 315.570, embora em valor inferior ao devido, e deixou, indevidamente, de fazê-lo na Nota Fiscal nº 315.569.

Prossegue aduzindo que o imposto foi retido a menos – em relação 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.

Quanto à Nota Fiscal nº 315.569, sequer foi feita a retenção do imposto, não podendo ser aceito, como elemento de prova, o DAE acostado ao PAF pelo autuado, já que se encontra ilegível e se refere a outras notas fiscais, não apresentadas pelo contribuinte, o que impossibilita a conferência de sua correção.

Esta 3ª JF, às fls. 42 a 45, entendendo que o contribuinte não era o sujeito passivo da relação jurídico-tributária, decidiu pela nulidade do presente Auto de Infração, considerando que, de acordo com a Cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto estadual, em relação às operações interestaduais com os medicamentos ali elencados, é atribuída “ao estabelecimento importador ou industrial fabricante” e o autuado é um mero distribuidor.

Com fundamento no disposto no § 2º do artigo 169 do RPAF/99, o processo foi encaminhado à segunda instância administrativa, em Recurso de Ofício, conforme o despacho de fl. 46.

A 2ª CJF, à fl. 56, tendo em vista que o próprio autuado efetuou a retenção do imposto e fez constar no corpo das Notas Fiscais a expressão: “Reg-Esp-Ba 1082/93 Proc. 501.202/93 Insc. 36.309.649” e, ainda, que tal Regime Especial se refere à filial do contribuinte situada na Bahia com inscrição estadual nº 30.624.177 (baixada em 06/10/98), decidiu enviar o PAF em diligência à DITRI/SAT para que aquele órgão “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 se configurar em irregularidade, qual a providência adotada pela Administração Tributária Estadual para coibi-la”.

A DITRI/SAT, às fls. 63 a 65, informa que “a pedido da Fiscalização, a Autuada teve o Regime Especial concedido mediante Parecer GETRI nº 1082/93 (que visava pagar o imposto relativo às operações interestaduais com mercadorias elencadas na Portaria 270/93), cancelado em 28/12/01, pelo Parecer GECOT nº 5578/2001, que ora anexamos”.

Às fls. 73 a 75, foi acostado o Parecer GECOT nº 009/98, deferindo a modificação do Regime Especial concedido através do Parecer GETRI nº 1082/93, “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”.

A 2ª CJF, entendendo que, consoante o Regime Especial concedido em 27/10/93, o estabelecimento autuado era efetivamente o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS de forma antecipada, devido por ocasião da saída das mercadorias com destino ao Estado da Bahia, decidiu prover o Recurso de Ofício apresentado, modificando a decisão recorrida e determinando o retorno dos autos à primeira instância para apreciação do mérito da autuação.

VOTO

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 JJF, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **919877-6/01**, lavrado contra **MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A.**, devendo ser intimado o autuado 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, 06 de maio de 2002

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR