

PROCESSO - A. I. Nº 269439.0717/05-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PROFARMA - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0010-01/06
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 08.05.06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0134-12/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Matéria sob consulta pendente de decisão. Nenhum procedimento fiscal pode ser instaurado relativamente à matéria objeto de consulta, enquanto não se proceder à decisão final. Mantida Decisão de Primeira Instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela referida 1ª Junta de Julgamento Fiscal contra Decisão pela mesma prolatada através do Acórdão nº 0010-01/06, em face de ter havido prejuízo ao Fisco Estadual, à luz do quanto disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.2000

O Auto de Infração em epígrafe exige ICMS no valor de R\$61.446,80, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao contribuinte o cometimento de irregularidade, em face de ter deixado de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Consta que o veículo, placa policial HBG4535, estava transportando medicamentos do Estado do Espírito Santo para a Bahia, mercadorias que fazem parte do Convênio 76/94 e que deveriam estar acompanhadas da GNRE, com o devido imposto recolhido para o Estado da Bahia. As mercadorias são diversos medicamentos provenientes da empresa PROFARMA do Espírito Santo para a PROFARMA da Bahia. Como previsto no RICMS/BA, mesmo para filial atacadista, é necessário que as mercadorias venham acompanhadas de GNRE.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício, argüindo, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração por falta de amparo legal para sua lavratura, sob o argumento de que existe consulta protocolizada antes do início da ação fiscal. Aduziu que a consulta foi apresentada no dia 22/07/2005, sendo surpreendido pela lavratura do Auto de Infração no trânsito de mercadorias, no dia 23/07/2005, ou seja, 24 horas após a protocolização da consulta.

Atacou o mérito da autuação, sustentando que se encontra devidamente respaldado na legislação pertinente, por se tratar de empresa especializada no segmento de comercialização de medicamentos e produtos farmacêuticos estabelecida no Estado da Bahia, a partir de agosto de 2004, possuindo unidade comercial atacadista estabelecida no Estado do Espírito Santo, inscrita na SEFAZ-BA, como contribuinte substituto.

Prossseguiu dizendo que, a partir de agosto de 2004, concentrou todas as operações destinadas à Região Norte/Nordeste, na unidade da Bahia, o que gerou novos empregos e o incremento da arrecadação do imposto. Acrescentou que as vendas destinadas a consumidores finais baianos foram reduzidas completamente, havendo uma inversão da destinação do imposto que era recolhido à alíquota de 17%, para o Estado de origem.

Ressaltou que, por questão de logística de distribuição de produtos e aproveitamento de melhores condições comerciais, concentra parte significativa das aquisições dos produtos junto aos fabricantes e fornecedores, transferindo, por essa razão, parte de seu estoque para a filial baiana,

que por sua vez recolhe o imposto devido no 25º dia após o recebimento do produto, conforme regime especial concedido pela SEFAZ.

Manifestou o entendimento de que as operações de transferências de que cuida o presente Auto de Infração, não estão sujeitas à retenção pela unidade de origem, devendo o imposto ser recolhido nas mesmas condições das aquisições realizadas diretamente aos seus fornecedores, nos termos da legislação.

Citou o Convênio nº 81/93, que, na sua cláusula quinta, afasta a aplicação da substituição tributária nas operações entre sujeitos passivos por substituição da mesma mercadoria.

Reportou-se ao artigo 155, inciso XII, da Constituição Federal para dizer que esta delega à Lei Complementar nº 87/96, a competência para definir os contribuintes (sujeitos passivos) como também o regime de substituição tributária, afirmado que o artigo 6º da referida Lei Complementar estabelece a condição para adoção do regime de substituição tributária.

Acrescentou que, seguindo os ditames da LC nº 87/96, o legislador baiano através da Lei nº 7.014/96, disciplinou a matéria nos seus artigos 8º, incisos I e II, e 10, os quais transcreveu.

Prossseguiu, citando e transcrevendo o artigo 355, inciso II, do RICMS/97, que estabelece que não se fará a retenção ou antecipação, quando a mercadoria se destinar a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação à mesma mercadoria, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes. Registrhou que este regramento reproduz as condições estabelecidas no Convênio nº 81/93.

Transcrevendo os artigos 370,375 e 377 do RICMS/BA, disse que a SEFAZ/BA concedeu inscrição estadual de nº 059113759, para que o estabelecimento localizado no Espírito Santo pudesse comercializar medicamentos e produtos farmacêuticos com destino ao Estado da Bahia, o que consequentemente qualificou a empresa como sujeito passivo por substituição de produtos farmacêuticos.

Reportou-se à legislação de outros Estados da Federação, para dizer que estas desobrigam o contribuinte substituto de reter o ICMS devido por substituição tributária, transcrevendo extrato de consulta que teria sido feita ao Estado de Alagoas, confirmado o seu entendimento.

Manifestou o seu entendimento sobre a interpretação do artigo 355, do RICMS/BA, afirmado que as transferências entre estabelecimentos filiais atacadistas, pode ocorrer com a dispensa da retenção na origem independentemente de se tratar de filial atacadista de indústria ou não.

Por fim, requereu que o Auto de Infração fosse julgado nulo, por estar protegido pelo instituto da consulta previsto no RPAF/99, e, se ultrapassada a nulidade argüida, que, no mérito, fosse julgado improcedente.

Na informação fiscal apresentada, o auditor fiscal designado para tal, após se reportar sobre o motivo da autuação e das razões da defesa, afirmou que, no mérito, a questão ficou definitivamente resolvida com a resposta dada pela GECOT/DITRI, no Processo de Consulta nº 132531/2005-3, que definiu que as saídas efetuadas pela filial na Bahia não estão sujeitas à retenção, tendo em vista que já deveriam ter sido efetuadas pelo remetente, nos termos do Convênio 76/94.

Acrescentou que a ênfase da defesa se dá sobre a nulidade do Auto de Infração, pela existência de consulta apresentada antes do início da autuação. Disse que o primeiro ponto que chama a atenção sobre os argumentos defensivos de nulidade é a data da protocolização da consulta, que ocorreu em 22/07/2005.

Afirmou que, na data mencionada acima, o veículo transportador deu saída nos medicamentos em Serra-ES, sendo a consulta ineficaz nos termos do artigo 61, §1º, inciso II, alínea “b”, do

RPAF/99, porque feita após vencido o prazo legal para o cumprimento da obrigação a que se refere.

Acrescentou que, apesar da diligência solicitada pela GECOT/DITRI não ter detectado o início da ação fiscal, nem a existência de questão já resolvida sobre o objeto da consulta, a informação existente no parecer intermediário indica que a IFEP já havia identificado a falta de recolhimento do imposto nas operações realizadas pelo contribuinte, sendo, entretanto, o processo de consulta acatado pelo órgão competente por julgar pertinente a dúvida apresentada.

Prossseguiu, manifestando o entendimento de que a consulta é ineficaz, considerando que o autuado utilizou uma estratégia para evitar o pagamento do imposto, enquanto não fosse incomodado pela fiscalização, apresentando a consulta quando se iniciou a ação fiscal.

Afirmou que as mercadorias saíram da cidade de Serra/ES, em 22/07/2005, que dista aproximadamente 300 km do Posto Fiscal de Mucuri, local onde se iniciou a ação fiscal, ainda que não formalizada na mesma data. Justificou a formalização da ação fiscal no dia seguinte 23/07/2005, com a lavratura do Termo de Apreensão nº 269439.0717/05-0, pela necessidade do autuante organizar a documentação, elaborar planilhas e verificar a legislação aplicável ao caso.

Invocou a ética e a legalidade para asseverar que o comportamento do autuado é inadmissível, pois utilizou uma estratégia para evitar ao máximo a retenção do imposto, guardando nas mangas uma consulta que somente apresentou quando foi incomodado por uma ação fiscal.

Sustentou que a informação prestada pela IFEP sobre a inexistência de ação fiscal se justifica pelo fato de ter sido feita em data anterior ao registro do Auto de Infração, sendo o parecer intermediário datado de 04/08/2005.

Teceu outras considerações e, afinal, afirmou que a consulta não deve produzir os efeitos pretendidos pela defesa, bem como não pode ser acatada, por ser ineficaz, considerando que foi formulada depois de vencido o prazo legal para o cumprimento da obrigação a que se refere o Convênio nº 76/94. Disse que, quando o contribuinte não é inscrito, inexiste prazo para pagamento do imposto por substituição tributária, que deve ser feito antes da saída das mercadorias através de GNRE.

Ratificou a autuação.

Através do Acórdão JJF nº 0010-01/06, decidiu a 1.^a Junta de Julgamento Fiscal pela nulidade do presente Auto de Infração, em razão do seguinte entendimento:

- a) quanto à arguição de nulidade suscitada pelo autuado, asseverou que “*Da análise das peças processuais, constato que o contribuinte protocolizou a consulta em 22/07/2005, cujo número do Processo foi 13253120053, e que o Termo de Apreensão nº. 269439.0717/05-0, foi lavrado no dia posterior, ou seja, em 23/07/2005*”; entendeu que legalmente “*prevalece a data da lavratura do Termo de Apreensão, ou seja, a formalização da ação fiscal se deu no dia 23/07/2005, mesmo que informalmente tenha sido iniciada em 22/07/2005*”, em face do quanto disposto no art. 61, II, “b”, §§ 3.^º e 4.^º, e arts. 62, inciso III, e 63, todos do RPAF/99;
- b) decidiu que, à luz dos dispositivos invocados, a “*ineficácia da consulta deve ser declarada preliminarmente pelo Inspetor Fazendário, ou num segundo momento, pela autoridade competente para responder a consulta, ou seja, o Diretor de Tributação da SEFAZ, consoante o artigo 67, do mesmo diploma regulamentar*”; outrossim, em sendo eficaz a consulta formulada “*nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o consultante a respeito da matéria consultada, desde a data da entrada da petição até o vigésimo dia após a ciência dDecisão final da consulta*”; no presente caso, entendeu a primeira instância que “*o órgão competente para responder a consulta, no caso a DITRI/GECOT, através do Parecer nº 7196/2005, considerou a consulta eficaz, tanto que apreciou o mérito, respondendo ao contribuinte, inclusive, dando o prazo de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta, para*

acatamento por parte da consulente do entendimento manifestado, conforme manda o artigo 63, do RPAF/99”;

- c) transcreveu lição de Waldir de Oliveira Rocha - “*A Consulta Fiscal*”, São Paulo, 1996, Editora Dialética, p.86., acerca da ineficácia e eficácia da consulta, para concluir que, tendo em vista que “*a consulta foi dada como eficaz pela autoridade competente, tendo sido protocolizada antes da formalização da ação fiscal*”, em observância ao direito à segurança jurídica do contribuinte, a autuação não pode prosperar”.

Por ter havido prejuízo ao Fisco Estadual e à luz do quanto disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.2000, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da referida Decisão.

VOTO

Reparo algum merece Decisão de Primeira Instância. Senão, vejamos.

Compulsando-se os autos, percebe-se, com clareza meridiana, que quando da lavratura do presente Auto de Infração já havia previamente o recorrente formulado Consulta ao Fisco Estadual acerca de matéria concernente à autuação ora discutida.

Daí porque, à luz do quanto disposto no art. 61, II, “b”, §§ 3.º e 4.º c/c arts. 62, III, e 63, todos do RPAF/99, não há como prosperar a presente autuação, posto que inquinada de flagrante nulidade e em discrepância com a legislação vigente.

Acresça-se a isso o fato de que eventual ineeficácia da consulta deve ser declarada preliminarmente pelo inspetor fazendário, ou, num segundo momento, pela autoridade competente para responder a consulta, qual seja, o diretor de tributação da SEFAZ, consoante o artigo 67, do mesmo diploma regulamentar. Ora, no caso em apreço o órgão competente para responder à consulta, *in casu* a DITRI/GECOT, através do Parecer nº 7196/2005, ingressou no mérito da consulta, considerando-a eficaz, razão pela qual não pode prosperar a presente autuação.

Destarte, tendo em vista que a consulta foi dada como eficaz pela autoridade competente, bem assim o fato de que fora protocolada antes da formalização da ação fiscal, em face do quanto insculpido na norma regulamentar e em observância ao direito à segurança jurídica do contribuinte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto, mantendo-se *in totum* Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 269439.0717/05-0, lavrado contra PROFARMA - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS