

A.I. - 269439.0717/05-0
AUTUADO - PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODS. FARMACÊUTICOS
AUTUANTE - RENATO REIS DINIZ DA SILVA
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 03.02.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0010-01/06

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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/07/2005, exige ICMS no valor de R\$61.446,80, acrescido da multa de 60%, atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, pois deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, 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 apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.83/90), argüindo preliminarmente a nulidade do auto de infração por falta de amparo legal para sua lavratura, alegando a existência de consulta protocolizada antes do início da ação fiscal. Diz o autuado 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.

Ataca 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.

Prossegue, 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. Acrescenta 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.

Ressalta 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.

Manifesta 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.

Cita o Convênio 81/93, que na sua cláusula quinta afasta a aplicação da substituição tributária nas operações entre sujeitos passivos por substituição da mesma mercadoria.

Reporta-se ao artigo 155, inciso XII, da Constituição Federal para dizer que esta delega à Lei Complementar 87/96, a competência para definir os contribuintes (sujeitos passivos) como também o regime de substituição tributária, afirmando que o artigo 6º da referida Lei Complementar estabelece a condição para adoção do regime de substituição tributária.

Acrescenta que, seguindo os ditames da LC 87/96, o legislador baiano através da Lei 7.014/96, disciplinou a matéria nos seus artigos 8º, incisos I e II, e 10, os quais transcreve.

Prossegue, 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. Registra que este regramento, reproduz as condições estabelecidas no Convênio 81/93.

Transcrevendo os artigos 370, 375 e 377 do RICMS/Ba, diz 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.

Reporta-se a 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, confirmando o seu entendimento.

Manifesta o seu entendimento sobre a interpretação do artigo 355, do RICMS/Ba, afirmando 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, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo, por estar protegido pelo instituto da consulta previsto no RPAF/99, e se ultrapassada a nulidade argüida que no mérito seja julgado improcedente.

Na informação fiscal apresentada (fls. 151/154), o auditor fiscal designado para tal, após se reportar sobre o motivo da autuação e das razões da defesa, afirma 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.

Acrescenta que a ênfase da defesa se dá sobre a nulidade do Auto de Infração, pela existência de consulta apresentada antes do início da autuação. Diz 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.

Afirma 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.

Acrescenta 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.

Prossegue, 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, apresentado a consulta quando se iniciou a ação fiscal.

Afirma 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. Justifica 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 em organizar a documentação, elaborar planilhas e verificar a legislação aplicável ao caso.

Invoca a ética e a legalidade, para dizer 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.

Sustenta 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.

Tece outras considerações e, afinal, afirma 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 76/94. Diz que quando o contribuinte não é inscrito, inexistente prazo para pagamento do imposto por substituição tributária, que deve ser feito antes da saída das mercadorias através de GNRE.

Conclui, mantendo a autuação.

VOTO

A autuação imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Trata-se de medicamentos oriundos do Estado do Espírito Santo para a Bahia, mercadorias que fazem parte do Convênio 76/94 e que segundo a autuação deveriam estar acompanhadas da GNRE, com o devido imposto recolhido para o Estado da Bahia.

Verifico na peça defensiva que o autuado argüi preliminarmente a nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de existência de consulta formulada antes do início da ação fiscal.

Observo, também, que o Auditor Fiscal designado para apresentar a informação fiscal, tece diversas considerações sobre o comportamento do autuado, e manifesta o entendimento que o Auto de Infração deve ser julgado procedente, considerando que a consulta é ineficaz e, por consequência, não pode produzir os efeitos pretendidos pelo contribuinte.

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.

Apesar de o auditor fiscal argumentar que a ação fiscal teve início no dia 22/07/2005, e que o Termo de Apreensão somente pôde ser lavrado no dia 23/07/2005, pela necessidade do autuante em organizar a documentação, elaborar as planilhas e verificar a legislação aplicável, entendendo 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.

O artigo 61, inciso II, alínea “b”, §§3º e 4º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, assim dispõe sobre a consulta ineficaz:

“Art. 61. Não produzirá efeito a consulta que for declarada viciada de ilegitimidade de parte, inepta ou ineficaz.

§1º A consulta considera-se:

(...)

II - ineficaz, quando:

b) feita após o início do procedimento fiscal ou após vencido o prazo legal para cumprimento da obrigação a que se referir;

§ 3º A inépcia ou a ineficácia da consulta serão declaradas preliminarmente pelo Inspetor Fazendário do domicílio do consulente, mediante despacho fundamentado, com indicação expressa dos motivos determinantes da decisão, no prazo de 10 (dez) dias contados da protocolização da consulta.

§ 4º Da determinação do arquivamento da consulta por ser declarada inepta ou ineficaz caberá impugnação dirigida à autoridade competente para respondê-la, dentro do prazo de 10 (dez) dias, contado da intimação do consulente.

Por sua vez, os artigos 62, inciso III, e 63, do RPAF/99, assim dispõem sobre a consulta eficaz:

“Art. 62. A consulta eficaz produz os seguintes efeitos, exclusivamente em relação à matéria consultada:

III - nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o consulente a respeito da matéria consultada, desde a data da entrada da petição até o vigésimo dia após a ciência da decisão final da consulta.

Art. 63. Dentro de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta à consulta, o consulente deverá acatar o entendimento estabelecido na mesma, ajustando-se à orientação recebida, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas, atualizadas monetariamente até 31/12/00, se o seu vencimento tiver ocorrido antes dessa data, mas sem acréscimos moratórios a partir da data da formulação da consulta.”

Observa-se nos dispositivos acima transcritos que 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.

Verifica-se, também, que sendo a consulta eficaz, nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o consulente a respeito da matéria consultada, desde a data da entrada da petição até o vigésimo dia após a ciência da decisão final da consulta.

No presente caso, constata-se claramente 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.

A propósito da ineficácia e eficácia da consulta, assim se manifesta Waldir de Oliveira Rocha - “A Consulta Fiscal”, São Paulo, 1996, Editora Dialética, p. 86.

“Aceita a consulta fiscal apresentada, segue-se a sua declaração de eficácia(ainda que implícita) a exigir resposta vinculante. Se à consulta fiscal falta o requisito da dívida, dá-se pela ineficácia. A ineficácia pede que a Administração a motive, tanto quanto a resposta.”

Diante do exposto, considerando que a consulta foi dada como eficaz pela autoridade competente, tendo sido protocolizada antes da formalização da ação fiscal, entendo, em observância ao direito à segurança jurídica do contribuinte, que a autuação não pode prosperar. Voto pela nulidade do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **269439.0717/05-0**, lavrado contra **PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODS. FARMACÊUTICOS**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “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 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2006.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR