

A. I. N° - 935476-0/05
AUTUADO - H. B. FARMA LABORATÓRIOS LTDA.
AUTUANTE - SÉRGIO FERREIRA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 07.03.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0042-02/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. O remetente não é o responsável pela antecipação tributária dos medicamentos vendidos para contribuinte localizado no Estado da Bahia, haja vista que o Estado do Rio de Janeiro denunciou o Convênio ICMS nº 76/94. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 16/06/2005, exige ICMS no valor de R\$ 10.512,22, em razão da falta de retenção de ICMS e o conseqüente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, na venda realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia através da Nota Fiscal nº 64.264, emitida em 09/06/2005, conforme documentos às fls. 02 a 10.

O autuado, através de advogado, em sua peça defensiva às fls. 27 a 30, suscita a nulidade da autuação, com base na preliminar de ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para cobrar imposto de contribuinte inscrito em outra unidade da Federação (Rio de Janeiro). Salienta que não compete ao fisco baiano exigir o cumprimento da obrigação tributária de contribuinte que não se encontra na sua jurisdição fiscal, por entender que este procedimento implica em ofensa ao princípio da territorialidade.

Como segunda preliminar de nulidade, aduz que houve arbitramento irregular da base de cálculo, cujos valores atribuídos às mercadorias estão baseados em supostos preços inseridos em campo neutro do documento fiscal, e não possuem validade para qualquer efeito legal. Ressalta que se os valores citados em outro campo da nota fiscal, que não o campo específico destinado às importâncias das mercadorias, fossem menores não seriam validados para fins de base de cálculo, sob a argumentação de que não faziam parte das informações formais da nota.

Transcreveu a ementa do Acórdão 0202/99 do CONSEF que decidiu pela nulidade da autuação por falta de demonstração de que modo foi apurada a base de cálculo do imposto.

No mérito, considerou a autuação improcedente, com base no argumento de que falta competência ao Fisco da Bahia para autuar contribuinte de outro Estado, e devido a falta de previsão legal acerca da obrigação tributária. Citou o Acórdão CJF nº 0179/99 da 2ª CJF onde foi decidido que descabe aos Estados atribuição de responsabilidade a contribuinte localizado em outra Unidade da Federação, por atentar ao Princípio da Territorialidade. Diz que se ultrapassadas as questões prejudiciais acima, o imposto deverá ser cobrado com base no efetivo e real valor da operação, em razão da ineficácia do arbitramento ter superestimado os valores das mercadorias.

Destaca que a operação objeto da lide não se encontra sujeita à substituição, em razão do Convênio 145/04, que estendeu ao Estado do Rio de Janeiro as disposições do Convênio 144/03,

não foi objeto de Convênio específico, a exemplo do Convênio 14/05, que torna obrigatória a aplicação das normas do Convênio 76/94 tão somente aos estabelecimentos situados no Estado Paraná, entendendo não caber interpretação extensiva, pois em relação ao Estado do Rio de Janeiro, o Convênio 145/04 estabelece apenas a possibilidade de aplicação das disposições do Convênio 144/03, e por sua vez do Convênio 76/94, conforme Cláusula Primeira. Com esse argumento, aduz que a autuação padece de vício em razão de não existir norma específica estabelecendo a obrigação tributária.

Por fim, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a posterior juntada de novos documentos, requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 38 a 41, rebateu a alegação defensiva de ilegitimidade passiva, dizendo que o Estado do Rio de Janeiro denunciou ao Convênio 76/94 mediante despacho COTEP 08/04, retornando em mão única aos dispositivos do citado convênio quando celebrou em 10/12/2004 o Convênio 145/04, o qual usou a prerrogativa do Convênio 144/03, que foi celebrado pelo Estado do Paraná, em cuja Cláusula Primeira mencionava que “Poderão ser aplicadas as disposições do Convênio ICMS 76/94, de 30 de janeiro de 1994, aos estabelecimentos localizados no Estado do Paraná, em relação às operações destinadas às unidades federadas signatárias do referido convênio”.

Destaca que o Convênio ICMS 145/04, menciona na Cláusula Primeira que “Ficam estendidas ao Estado do Rio de Janeiro as disposições contidas no Convênio ICMS 144/03, de 12 de dezembro de 2003.”

Por conta disso, entende que como as disposições do Convênio ICMS 144/03 foram alteradas (cláusula primeira), passando de facultativo (poderão) para impositiva (aplicam-se), tal fato alcança também o contexto do Convênio 145/04, do qual o Rio de Janeiro faz parte, sendo devido atribuir a responsabilidade por substituição ao contribuinte do Rio de Janeiro, não ferindo o princípio da extraterritorialidade.

Quanto a preliminar de nulidade de que o valor da base de cálculo do imposto foi abusivo, e que deveria prevalecer os valores da operação, o preposto fiscal salienta que quando da celebração do Convênio ICMS 145/04, por parte do Rio de Janeiro, a Cláusula Primeira submete este Estado às disposições contidas no Convênio ICMS 144/03, cujo teor reporta ao Convênio ICMS 76/94, ao inserir em sua Cláusula Primeira “Aplicam-se as disposições do Conv. ICMS 76/94, de 30 de junho de 1994. Com base nesse entendimento, diz que a base de cálculo do imposto definida no Conv. 76/94. é o preço máximo de venda ao consumidor publicado em tabela (ABCFARMA), pelo fabricante (laboratório), que pela legislação atual (RICMS/BA), este preço deverá vir relacionado no contexto da nota fiscal, que no caso em questão, consta na nota fiscal nº 64264, que os preços são de R\$ 13,45; R\$ 8,84; e R\$ 23,61, respectivamente.

Mantém em todos os termos a sua ação fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido o ICMS, em razão da falta de retenção e o conseqüente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Ocorre que o remetente encontra-se situado no Estado do Rio de Janeiro, ente federado que denunciou o Convênio ICMS nº 76/94, a partir de 01 de novembro de 2004, consoante a Resolução SER nº 140 de 29 de setembro de 2004, publicada no DOE de 30/09/2004 e Despacho nº 08/04, de

04/10/2004, da Secretaria Executivo do CONFAZ, e deste modo, o remetente não é responsável pela antecipação tributária dos medicamentos vendidos para contribuinte localizado neste Estado, ressaltando-se que o contribuinte autuado não está inscrito neste Estado.

Observo que com base no Convênio 144/03, o qual o Estado do Rio de Janeiro aderiu através do Convênio ICMS 145/04, a mencionada substituição passou a ser condicionada a uma opção do contribuinte e que, nessas circunstâncias, o remetente das mercadorias que constituem o objeto dessa autuação não deve ser considerado responsável pelo recolhimento do imposto exigido, cabendo ao destinatário baiano arcar com tal ônus.

Desta forma, assiste razão ao autuado, assentindo que o fato de o Estado do Rio de Janeiro denunciar o referido Convênio afastou a incidência da substituição tributária do ICMS relativo às vendas de medicamentos para a Bahia a partir de 01 de novembro de 2004.

Assim, por ilegitimidade passiva, entendo que o presente Auto de Infração é NULO, ficando a autoridade fazendária representada a instaurar novo procedimento fiscal em nome do adquirente das mercadorias.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **935476-0/05**, lavrado contra **H. B. FARMA LABORATÓRIOS LTDA**. Recomendada a renovação do procedimento fiscal, a salvo da falha apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de janeiro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR