

PROCESSO - A. I. Nº 299164.1351/03-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - H.B. FARMA LABORATÓRIOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO- Acórdão 4ª JJF nº 0333-04/06
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 18/04/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0086-11/07

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de primeira instância que concluiu pela nulidade do procedimento em virtude de vícios da autuação. Constatado que o PAF está revestido das formalidades legais, devolvam-se os autos ao órgão prolator da Decisão reformada para apreciação das razões de mérito. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, §2º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, através da alteração introduzida pelo Decreto nº 7.851/00, de iniciativa do Presidente do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), por considerar que o resultado do julgamento, levado a efeito pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0333/04-06, que julgou Nulo o Auto de Infração acima, configura Decisão manifestamente contrária às provas constantes nos autos.

O Auto de Infração exige do autuado, empresa localizada no Estado do Rio de Janeiro, o ICMS no valor de R\$ 7.317,94, acrescido da multa de 60%, referente a retenção a menor do imposto, 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, através da Nota Fiscal nº. 56775, de 31/10/03, inerente a mercadorias sujeitas a substituição tributária, conforme cláusulas segunda a quarta do Convênio ICMS 76/94, oriundo de Estado signatário com GNRE por contribuinte substituto baixado.

A Decisão recorrida ressalta que o impugnante suscita a nulidade da ação fiscal por ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para cobrar o tributo, implicando a autuação em ofensa ao princípio da territorialidade, pois se o ICMS fosse devido deveria ser cobrado do destinatário, uma vez que a operação não se encontra sujeita à substituição, visto que o Convênio 145/04, que estendeu ao Estado do Rio de Janeiro as disposições do Convênio 144/03, não foi objeto de convênio específico tornando obrigatória a aplicação das normas do Convênio 76/94.

Entende a JJF que a empresa autuada encontra-se com sua situação cadastral no Estado da Bahia na condição de “baixada”, antes do início da ação fiscal, conforme extrato do INC (fl. 33) e, assim sendo, a nota fiscal que acompanha as mercadorias é considerada inidônea, nos termos do art. 209, VII, “b”, do RICMS/BA. Destaca que a empresa emitente da nota fiscal procedeu a retenção a menos do ICMS, mesmo estando com sua inscrição estadual irregular no Estado da Bahia.

Sustenta que de acordo com o art. 6º, III, “d”, da Lei nº. 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea.

Assim, conclui que o autuado não se configura como sujeito passivo da relação tributária em comento, haja vista que se encontra com sua inscrição desabilitada no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia e com base no art. 18, IV, “b”, do RPAF/99, julga o Auto de Infração NULO.

Em despacho à fl. 151 dos autos, com fulcro no §2º, art. 169 do RPAF/BA e ao argumento de que o resultado do julgamento levado a efeito pela 4ª JJF configura Decisão manifestamente contrária à legislação tributária, inclusive no tocante a aplicabilidade das normas inerentes ao Convênio ICMS 145/04, e, também, entendimento já manifestado em julgamentos reiterados deste CONSEF a exemplo do Acórdão nº 0239-11/06, foi efetuada proposição ao Sr. Presidente do CONSEF no

sentido de submeter o presente PAF à nova análise, via Recurso de Ofício, com a sustentação de que este seja processado e encaminhado a uma das Câmaras de Julgamento para a devida apreciação, do que colocou à consideração de competência do Senhor Presidente do CONSEF, que deu seu “De Acordo”.

VOTO

Preliminarmente, devo ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, estando a infração devidamente demonstrada e documentada, senão vejamos:

1. O recorrido, contribuinte estabelecido no Estado do Rio de Janeiro, encontrava-se obrigado a cumprir as determinações estabelecidas no Convênio ICMS 76/94, uma vez que o citado membro da Federação, à época da ação fiscal, ocorrida em 09/11/2003, era signatário do aludido Convênio, o qual só denunciou unilateralmente, conforme Despacho nº 08/04, que dispõe sobre a não-aplicação ao Estado de RJ, a partir de 01.11.04, das normas contidas neste convênio.
2. O referido Convênio ICMS 76/94, por sua vez, em sua cláusula segunda, estabelece que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.
3. Assim, diante do exposto, conclui-se que a base de cálculo para medicamentos é o valor do preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial e divulgado ao público, que, no caso concreto, é superior ao utilizado pelo autuado, acarretando no recolhimento a menos do imposto relativo à antecipação tributária, conforme demonstrado analiticamente à fl. 10 do PAF.
4. Logo, os elementos contidos nos autos são suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, sendo sua base de cálculo devidamente demonstrada, fatos incontestáveis.
5. Assim, entendo ser irrelevante o fato do “sujeito passivo por substituição” se encontrar com sua situação cadastral no Estado da Bahia na condição de “baixada”, pois, por força do Convênio 76/94, estava obrigado a proceder a substituição tributária na operação de vendas de medicamentos para outro Estado também signatário do referido Convênio, aliás, como o próprio contribuinte o fez, apenas em valor inferior ao legalmente previsto.
6. Também há de se ressaltar que jamais tal condição, baixa da sua inscrição como substituto tributário no Cadastro da SEFAZ/BA, acarretaria a inidoneidade do documento fiscal, o qual preenche todas as formalidades legais, por se tratar de um contribuinte do Estado do Rio de Janeiro.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO deste Recurso de Ofício para modificar a Decisão Recorrida, devolvendo o PAF à 1^a Instância para julgamento do mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 299164.1351/03-0, lavrado contra **H.B. FARMA LABORATÓRIOS LTDA.**, devendo os autos retornar à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2007.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS