

A. I. N° - 299164.1351/03-0  
AUTUADO - H B FARMA LABORATÓRIOS LTDA.  
AUTUANTES - OSVALDO CEZAR RIOS FILHO e CARLOS RIZÉRIO FILHO  
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL  
INTERNET - 06.07.07

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0190-04/07**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O remetente é o responsável pela antecipação tributária dos medicamentos vendidos para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Aplicação das regras estabelecidas no Convênio ICMS 76/94, vigente na data da ocorrência do fato gerador. Não contestado o valor do débito. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 09/11/2003, exige ICMS no valor de R\$ 7.317,94, acrescido da multa de 60%, pela retenção a menos do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativa às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme termo de apreensão nº 299164.1365/03-0 (fl. 5).

A empresa foi cientificada da autuação através dos Correios, em 03/12/04, conforme Aviso de Recebimento (AR) à fl. 31. Em 28/01/04, foi lavrado termo de revelia, conforme documento juntado à fl. 34 e inscrito o crédito tributário na Dívida Ativa em 07/07/04 (fl. 48).

Em petição de 10/09/04 juntada às fls. 60/61, o autuado alega que só tomou conhecimento da autuação em julho/04, alegando que ocorreu vício na intimação do AR à fl. 31, alegando que o mencionado AR não foi assinado por qualquer funcionário ou representante da empresa. Finaliza requerendo a anulação do Termo de Revelia, cancelamento da inscrição do débito em Dívida Ativa e a reabertura do prazo de defesa. Cita as decisões contidas nos Acórdãos CJF 024/12/02 e 0845/01 para reforçar o seu posicionamento.

Em parecer expedido em 05/05/2005 (fls. 93 e 94), a Procuradoria Geral do Estado opina pela devolução do prazo de defesa ao autuado e fez representação ao CONSEF para apreciar o pleito do autuado de cancelamento da intimação inicial, da inscrição na Dívida Ativa e reabertura do prazo de defesa.

No Acórdão CJF 0463-11/05 (fls. 105/106 e 143/144), a Primeira Câmara do CONSEF acatou o pedido de nulidade da intimação acerca do presente Auto de Infração e determinou que fosse reaberto o prazo de defesa.

O contribuinte foi cientificado da decisão (fls. 112 e 116), e apresentou impugnação do lançamento fiscal (fls. 120/122), através de advogado legalmente constituído (fl. 51).

Inicialmente suscita a nulidade da ação fiscal por ilegitimidade ativa do estado da Bahia para cobrar, em fiscalização de trânsito, imposto de contribuinte inscrito em outra unidade da Federação. Afirma que o fisco baiano ao exigir imposto de contribuinte inscrito em outro Estado, ofende o princípio da territorialidade, porque “Não existe na legislação, e por isso não foi apontado no AI, dispositivo legal que estabeleça regra de exceção ao princípio da territorialidade...”. Entende que o ICMS, se devido fosse, haveria de ser cobrado após a entrada da

mercadoria no destinatário, sendo esse, o responsável. Cita decisão contida no Acórdão do CONSEF de nº JJF 2199-01/01 para reforçar o seu entendimento.

No mérito, alega que o lançamento fiscal é improcedente, além da falta de competência do Estado da Bahia para exigir ICMS de contribuinte jurisdicionado em outro Estado, não existe clara e precisa previsão legal acerca da obrigação, devendo o imposto ser exigido do destinatário. Cita a decisão contida no Acórdão CJF 0179/99 e afirma que o CONSEF tem repelido autuações que implique em extraterritorialidade.

Salienta que a operação não se encontra sujeita à substituição tributária, pois, o Convênio ICMS 145/04, que estendeu ao Estado do RJ as disposições do Convênio 144/03, não foi objeto de convênio específico tornando obrigatória a aplicação das normas do Convênio ICMS 76/94, a exemplo do que ocorreu com o Estado do Paraná, quando o convênio 14/05 tornou obrigatória a substituição, não cabendo interpretação extensiva.

Ressalta que para tornar efetiva a obrigação em relação ao Estado do Rio de Janeiro, necessário seria a edição de norma conveniada, a exemplo do Convênio ICMS 14/05 em relação ao Paraná.

Ao final, requer a nulidade ou a improcedência do Auto de infração, protesta pela produção de provas em direito admitido e posterior juntada de documentos.

A informação fiscal (fls. 135/137) foi prestada com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, pelo Auditor Silvio Chiarot Souza, inicialmente tece comentários sobre a autuação e as razões de defesa. Em seguida, contesta a nulidade suscitada de que o Estado da Bahia não pode reclamar imposto de contribuinte localizado em outro Estado, dizendo que o Convênio ICMS 81/93 estabelece normas gerais a serem aplicadas no regime de substituição tributária, que impõe às unidades da federação a obrigação de comunicar à COTEPE a não adoção do regime de substituição tributária nos casos de acordos autorizativos em até 30 dias da data de sua publicação. Entende que o Convênio 145/04 é autorizativo, portanto, o Estado do RJ deveria ter comunicado à Secretaria Executiva da Comissão Técnica a não adesão ao referido Convênio.

Aduz que a autuada é sujeito passivo e o Estado da Bahia é sujeito ativo da obrigação tributária e a ação fiscal não é nula. Salienta que a procedência só foi contestada quanto ao procedimento ter sido realizado no trânsito, o que no seu entendimento, não tem fundamento legal.

A 4ª JJF, em decisão contida no Acórdão JJF 0333-04/06, julgou nulo o Auto de Infração (fls. 146/148).

A Coordenação de Avaliação do CONSEF propôs recorrer de ofício da decisão, para ser apreciada por uma das Câmaras, nos termos do art. 169, § 2º do RPAF/BA, conforme documento juntado à fl. 151.

A 1ª CJF, em decisão contida no Acórdão CJF 0086-11/07, deu provimento ao Recurso de Ofício e decidiu pela nulidade da decisão da primeira instância, remetendo os autos para nova apreciação em primeira instância. A Secretaria do CONSEF expediu comunicação ao autuante e intimou o autuado (fl. 172) para tomar conhecimento da decisão em comento.

## VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de que o Estado da Bahia não tem legitimidade ativa para cobrar imposto de contribuinte inscrito em outra unidade da Federação, afirmindo no item 6 da defesa (fl. 121) que “a operação não se encontra sujeita à substituição tributária” por entender que o Convênio ICMS 145/04 estabelecia apenas a possibilidade da aplicação das disposições contidas no Convênio ICMS 144/03 e 76/94.

De acordo com o disposto na Cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94, é atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante de produtos farmacêuticos, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Logo, o contribuinte estando localizado no Estado do Rio de Janeiro é sujeito passivo em relação às operações de comercialização dos produtos objeto da autuação, destinados a contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Tendo ocorrido o presente lançamento em 09/11/03, não há de que se falar na aplicação das regras estabelecidas no Convênio ICMS 145/04, tendo em vista que sua vigência ocorreu em data posterior ao da operação de comercialização desta autuação.

Conforme salientado pelo auditor que prestou a informação fiscal, a Cláusula 15, II do Convênio ICMS 81/93 estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição e que a não adoção do regime de substituição previsto em Convênio, por unidade da Federação signatária, deve ser precedido de comunicação a COTEPE/CONFAZ e publicação no Diário Oficial da União.

Verifico que o Despacho nº 08/04, de 04.10.04, dispôs sobre a não-aplicação ao Estado de RJ, a partir de 01.11.04, das regras contidas no Convênio ICMS 76/94.

Pelo acima exposto, concluo que o recorrente estabelecido no Estado do Rio de Janeiro, na data da ação fiscal ocorrida em 09/11/03, estava obrigado a cumprir as determinações contidas no Convênio ICMS 76/94, tendo em vista que aquele Estado era signatário do citado Convênio e o Estado da Bahia, também signatário do citado Convênio e sujeito ativo da obrigação tributária, motivo pelo qual, rejeito a preliminar de nulidade suscitada. Ademais, a terceira via da própria nota fiscal 56775 (fl. 9), contempla a base de cálculo e valor do ICMS substituto, tendo inclusive recolhido o valor do ICMS substituto por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), conforme documento juntado à fl. 08, o que demonstra ter o autuado cumprido em parte as determinações estabelecidas no aludido Convênio.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo a retenção e recolhimento a menos do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Na defesa apresentada, o impugnante não questionou a base de cálculo e o valor do débito apurado, limitando-se apenas a contestar a competência do Estado da Bahia para cobrar ICMS de contribuinte estabelecido em outro Estado.

A decisão contida no Acórdão CJF 0179/99, cuja ementa foi transcrita à fl. 121, não dá amparo ao autuado, tendo em vista que naquela decisão foi acatada a inexigibilidade do ICMS relativo a operação originária de Estado não signatário de acordos interestaduais (Convênio ou Protocolo). Conforme anteriormente apreciado, no presente caso, a operação trata de venda realizada por contribuinte estabelecido no Estado do Rio de Janeiro e na data da ação fiscal era signatário do Convênio ICMS 76/94. Portanto, o Estado da Bahia é legítimo sujeito ativo da obrigação tributária.

Na presente situação, não pode ser acolhido os argumentos defensivos da aplicação do Convênio 145/04, tendo em vista que foi firmado em data posterior a ocorrência dos fatos do presente lançamento, e sim das regras estabelecidas no Convênio ICMS 76/94, vigente na data da ação fiscal.

Concluo que, tendo o contribuinte por força do Convênio ICMS 76/94 procedido a retenção a menos do ICMS, fato não contestado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, está correta a exigência fiscal. Ressalto que este entendimento já foi manifestado no Acórdão CJF 0239-11/06, da Primeira Câmara do CONSEF, quanto à legitimidade para figurar no pólo passivo da relação tributária em comento.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299164.1351/03-0, lavrado contra H B

**FARMA LABORATÓRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$7.317,94, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR