

A. I. Nº - 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 Nº 0190-04/07

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE 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 conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativa às operações subseqüentes, 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 repellido 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, afirmando 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 subseqüentes 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 4ª 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 **RS7.317,94**, 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