

**PROCESSO** - A. I. Nº 299166.0247/07-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - DIVIMED COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0349-03/07  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** - 23/04/2008

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0118-11/08

**EMENTA:** ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. No presente caso, sendo o Estado de Santa Catarina signatário do Convênio ICMS 76/94 a partir de 01/01/2007, apenas em relação às operações com medicamentos, a retenção e o recolhimento do imposto devido são de responsabilidade da empresa destinatária em relação às operações com os produtos fita cirúrgica e fita adesiva crepe que não se enquadram nas condições impostas pelo Convênio ICMS 76/94. Modificada a Decisão recorrida. Acusação parcialmente subsistente. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Processo foi encaminhado a esta Câmara, na condição de Recurso de Ofício, conforme Termo de Interposição de folha 48, para exame da Decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0349-03/07, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 299166.0247/07-2, lavrado em 21/05/2007, o qual reclamava a cobrança do ICMS, no valor de R\$757,18, com aplicação da multa de 60%, decorrente da imputação de infração pela falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira, ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

O autuado apresentou impugnação tempestiva (fl. 17), sustentando ter procedido de acordo com as regras da SEFAZ-BA, no que diz respeito à antecipação do ICMS de produtos que sofrem antecipação tributária, oriundos de Estados não signatários de Acordos interestaduais.

Assevera que, na oportunidade do aviso da emissão da Nota Fiscal de nº 032.344, em 14/05/2007, efetuou, no mesmo dia, o pagamento do ICMS, conforme DAE de nº 701204360, o que pode se constatar da autenticação bancária BBD, Agência nº 3571-136770, de 14/05/2007, no valor de R\$769,10.

Acrescenta que tal documento foi imediatamente remetido à Missner & Missner Ltda., fábrica emissora da referida nota fiscal, que admitiu falha da transportadora, por não ter anexado o documento de arrecadação junto à nota fiscal.

Entende que cumpriu sua obrigação fiscal, recolhendo o imposto antecipadamente, pelo que requer, ao final, a nulidade da autuação.

Por seu turno, o autuante, à fl. 28, esclarece que, com base nos documentos de folhas 24/25 do presente PAF (cópia do DAE, no valor de R\$769,10 e cópia da Nota Fiscal de nº 479), refez os cálculos da antecipação tributária, chegando ao valor de R\$195,75, como ICMS devido, segundo a “Memória de Cálculo” de folha 29.

Aduz, também, que sendo o valor inferior a R\$200,00, pode ser recolhido sem aplicação de multa.

Face à informação fiscal e os novos elementos acostados aos autos pelo autuante, a IFMT-DAT-METRO efetivou a intimação do autuado, visando dar-lhe ciência do conteúdo e dos referidos documentos, sendo-lhe concedido o prazo de 10 dias para manifestação.

O defendente, devidamente intimado, não se pronunciou.

A JJF, através do Acórdão nº 349-03/07, julgou pela Nulidade do lançamento de ofício por ilegitimidade passiva, sob o seguinte fundamento:

*“Observo que as mercadorias constantes da Nota Fiscal de nº 032344, estão enquadradas no regime da substituição tributária, por força do artigo 353, II, item 13.3 do RICMS-BA, todavia, a empresa remetente está localizada no município de Blumenau, Estado de Santa Catarina (fl. 07), e o referido Estado aderiu ao Convênio ICMS 76/94, a partir de 01/01/2007, pelo Convênio ICMS 146/06. Neste caso, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária é da empresa remetente, e nos termos do artigo do 125, § 1º, I, do RICMS-BA não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, e só deverá ser adotado este procedimento após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente.”*

O autuante, ao tomar conhecimento da Decisão proferida pela JJF, em manifestação dirigida ao Coordenador de Atendimento da IFMT-DAT-METRO, sustentou a incorreção e declarou que não poderia seguir a orientação emanada pela 3ª JJF, na medida em que o Convênio ICMS 146/06 (fl. 46), o qual formalizou a inclusão do Estado de Santa Catarina nas disposições do Convênio ICMS 76/94, limitou a participação daquele Estado apenas às operações com medicamentos e não para todos os produtos farmacêuticos especificados no Convênio ICMS 76/94.

Afirmou que não se pode exigir o ICMS por substituição do remetente das mercadorias apreendidas no presente PAF, pois, procedentes de Santa Catarina, não se tratavam de medicamentos, sendo impossível *“se falar em responsabilidade supletiva do destinatário”*.

Convalidou a informação fiscal constante da fl.28 dos autos, no sentido de se cobrar o valor R\$195,75, remanescente do ICMS devido, devendo ser observado o disposto no artigo 107-C do COTEB.

O CONSEF, por intermédio da Coordenação de Avaliação, em consonância com o estabelecido no art. 169, §2º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99, entendeu que a Decisão proferida pela 3ª JJF (Acórdão nº 349-03/07) apresentava-se manifestamente contrária à aludida legislação tributária, submetendo, por conseguinte, à Presidência do CONSEF, o Termo de Interposição de Recurso de Ofício, tendo sido ele ratificado pela ilustre Conselheira Presidente.

## VOTO

Versa o Recurso sobre a Decisão proferida pela 3ª JJF, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 299166.024/07-2, lavrado pela fiscalização de trânsito, para exigir o ICMS, pela falta do seu recolhimento na primeira repartição fazendária da fronteira, ou do percurso, sobre mercadorias listadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, provenientes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Entendeu a 3ª JJF que, na espécie concreta, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária é da empresa remetente, não sendo possível a cobrança do sujeito passivo por substituição, concluindo, sob tal fundamento, pela ilegitimidade passiva, considerando nulo o lançamento, tendo o autuante discordado de tal posicionamento e, depois dos trâmites legais, foi apresentado o Termo de Interposição de Recurso de Ofício.

Após exame atencioso dos autos, constato que, efetivamente, a Decisão recorrida se apresenta passível de reforma, na medida em que, conforme narrado no relatório e de acordo com as peças constantes do Processo, as mercadorias descritas na nota fiscal originadora da autuação estão enquadradas no regime da substituição tributária, por se encontrar a remetente localizada no Estado de Santa Catarina, o qual aderiu, em 01/01/2007, ao Convênio ICMS 76/94.

Nesse contexto, sobretudo do documento de fl. 46 (Convênio ICMS 146/06), restou evidenciado e comprovado que a adesão do Estado de Santa Catarina ao Convênio ICMS 76/94 está limitada, tão-somente, às operações com medicamentos, não alcançando os demais produtos farmacêuticos.

Sucedee que as mercadorias indicadas na nota fiscal objeto da imputação estão classificadas nos Códigos Fiscais nºs 30051090 (fitas cirúrgicas) e 48114110 (fita adesiva crepe), portanto, diferentes daqueles que identificam os medicamentos, ou seja, de prefixos 3003 e 3004, conforme se verifica no Anexo Único do Convênio ICMS 76/94, não se enquadrando, conseqüentemente, nas condições impostas pelo Convênio, sendo submetidas ao regime de substituição tributária por antecipação, com a responsabilidade do destinatário adquirente.

Destarte, evitando delongas desnecessárias, acolho os documentos de fls. 28 e 29 dos autos, acompanhando integralmente o entendimento manifestado no Termo de Recurso de fl. 48, no sentido de que a Decisão proferida pela 3ª JJF se afigura manifestamente contrária à legislação tributária em vigor.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado pela Presidência do CONSEF, para, reformando a Decisão de 1º grau, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 299166.0247/07-2, devendo ser exigido o imposto no valor de R\$195,75, por ser de Direito e de Justiça, consoante a retificação procedida pelo próprio autuante.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299166.0247/07-2, lavrado contra **DIVIMED COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$195,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS