

A. I. N° - 206919.0602/07-2
AUTUADO - GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA.
AUTUANTE - ARIVALDO LEMOS DE SANTANA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 31/03/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0039-03/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. MEDICAMENTOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Ficou comprovado o pagamento parcial do imposto exigido no presente lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/07/2007, refere-se à exigência de R\$267.857,53 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de retenção do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de julho, agosto e setembro de 2002; janeiro a maio e agosto de 2003. Consta na descrição dos fatos, que o cálculo do imposto exigido foi efetuado a partir das tabelas de preços sugeridos, consoante revista ABCFARMA. Auditoria não presencial a partir do CFAMT.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 40 a 45), informando inicialmente que se trata de uma sociedade que tem como objeto social a fabricação, produção, venda, compra, importação e exportação de produtos farmacêuticos e médicos, biológicos, químicos, dietéticos, nutricionais, artigos de higiene e tocador, cosméticos, produtos de beleza, dentre outros. Assevera que os produtos comercializados no Estado da Bahia configuraram hipótese de incidência do ICMS, imposto que é devido por força da operação própria e ainda, de forma antecipada, com o destaque e recolhimento devido na operação subsequente realizada por seu cliente, nos termos do Convênio ICMS 76/94 e posteriores alterações. Comenta sobre o regime da substituição tributária, e diz que no caso em exame, foram realizadas operações entre o impugnante e a empresa REYDROGAS COMERCIAL LTDA., beneficiária de Regime Especial de tributação, o qual autorizava o seu cliente a não se sujeitar ao regime da substituição tributária. Diz que o mencionado regime autorizava a efetuar o pagamento do imposto devido por antecipação observando-se os prazos previstos no art. 2º da Portaria 517/97. Assim, o contribuinte localizado no Estado da Bahia, autorizado a não se submeter às regras do regime da substituição tributária, procedeu ao recolhimento do imposto incidente sobre as operações subsequentes, observando o regime de crédito e débito, sendo este o motivo de o impugnante não ter procedido à retenção e ao recolhimento do imposto, conforme estabelece o Convênio ICMS 74/96. Salienta que o mencionado regime especial não era aplicável às mercadorias oriundas de Unidades Federativas signatárias do Convênio ICMS 76/94, fato que somente veio a ser percebido pelo defendantte posteriormente ao período objeto da presente autuação. Entende que não houve qualquer prejuízo ao Erário estadual, tendo em vista que o contribuinte baiano, beneficiário do regime especial, efetivamente realizou o recolhimento do imposto que deveria ser antecipado, e por isso, alega que não há como subsistir a exigência fiscal, sob pena de se cobrar novamente o tributo incidente sobre o mesmo fato gerador. Diz que a documentação que comprova o

recolhimento do imposto que deveria ser antecipado, e que foi efetivamente pago pelo contribuinte REYDROGAS COMERCIAL LTDA. está acostada ao presente processo (fls. 83 a 321), consistindo no livro Registro de Entradas do destinatário das mercadorias, demonstrativo da apuração de saídas de mercadorias sem retenção, elaborado pela própria fiscalização, constando as notas fiscais que foram consideradas para a presente autuação; e Documentos de Arrecadação Estadual, que comprovam o recolhimento do imposto, inclusive em relação às notas fiscais emitidas pelo impugnante. Ressalta que a finalidade do regime de substituição tributária é unicamente administrativa, isto é, o objetivo da norma é tão somente otimizar a fiscalização, e a substituição tributária não enseja alteração dos elementos estruturais do ICMS. Reproduz o § 3º da Cláusula primeira do mencionado Convênio ICMS, salientando que o estabelecimento varejista que recebe os produtos sem a retenção fica obrigado a efetuar o recolhimento do imposto no prazo estabelecido na legislação estadual. Diz que a mencionada cláusula é cristalina, e para preservar os interesses dos próprios Estados, o regime de substituição tributária constitui mera técnica de arrecadação; os Conselhos de Contribuintes dos Estados reconheceram que, na hipótese de recebimento de mercadorias de outros Estados sem a retenção do imposto, o adquirente passa a ser o responsável pelo pagamento da parcela do ICMS-ST devida ao Estado onde o adquirente está localizado. Cita decisões dos Conselhos de Contribuintes dos Estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais, e finaliza pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 326 a 329 dos autos, após reproduzir a infração, enquadramento legal e a tipificação da multa exigida, faz um resumo das razões de defesa. Apresenta o entendimento de que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST é do fornecedor, de acordo com o Convênio ICMS 76/94, e que descabe a pretensão do autuado em pedir que sejam considerados os recolhimentos efetuados pelo adquirente das mercadorias. Diz que, se este Conselho entender que devem ser considerados os pagamentos apresentados pelo defensor, já elaborou uma planilha, computando os valores relativos à antecipação tributária realizada pela empresa Reydrogas Comercial Ltda., conforme demonstrativo sintético à fl. 328 e planilha analítica de fls. 330 a 335. Salienta que a empresa Reydrogas Comercial Ltda atua no ramo de atacadista, e a cláusula primeira, parágrafo terceiro do Convênio 76/94 refere-se a comércio varejista, por isso, não tem cabimento a afirmativa do defensor de que a responsabilidade pelo pagamento do ICMS substituto deve ser transferida ao contribuinte do Estado da Bahia. Conclui, informando que foram analisados os argumentos apresentados pelo autuado, resultando na alteração do valor do débito total, de R\$267.857,53 para R\$159.393,63, caso este Conselho entenda compensar os pagamentos efetuados pelo contribuinte destinatário das mercadorias.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e dos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, o defensor apresentou manifestação às fls. 341 a 344, aduzindo que foi juntada ampla documentação para comprovar que embora o Regime Especial excluisse as mercadorias oriundas de Unidades Federativas que fossem signatárias do Convênio ICMS 76/94, o destinatário, beneficiário do regime, realizou o recolhimento do imposto que deveria ser antecipado pelo impugnante, de modo que o crédito tributário exigido no presente lançamento encontra-se extinto por pagamento, na forma do art. 156, inciso I, do CTN. Diz que a impossibilidade de se exigir qualquer quantia do impugnante está respaldada no § 3º da cláusula primeira do mencionado Convênio, que transcreveu à fl. 342, e o autuante corroborou os termos da impugnação porque na informação fiscal de fl. 326 reconhece que o destinatário procedeu ao recolhimento do valor incidente sobre suas operações. O defensor fala sobre o regime de substituição tributária e diz que analisando as planilhas de fls. 330 a 335 e a documentação apresentada, constatou que as diferenças apuradas se devem a três circunstâncias: a) o autuante deixou lacunas nas planilhas, mesmo havendo nos autos a comprovação dos recolhimentos; b) o autuante, nos cinco espaços em branco no demonstrativo de fl. 334, deixou de considerar que as mercadorias foram devolvidas, conforme se infere das notas fiscais, cujas cópias foram acostadas aos autos; c) o autuante deixou de considerar o termo de acordo firmado entre a Secretaria da Fazenda do

Estado da Bahia e o contribuinte local que previa a redução da base de cálculo do ICMS. Pede a improcedência e cancelamento do Auto de Infração.

Considerando as alegações apresentadas pelo defendant, não acatadas pelo autuante, esta Junta de Julgamento Fiscal, converteu o presente processo em diligência à ASTEC (fl. 367) para o diligente apurar junto à empresa REYDROGAS COMERCIAL LTDA., se em relação às notas fiscais objeto do presente lançamento houve o efetivo pagamento do imposto que não foi retido pelo autuado. Em caso positivo, excluir do levantamento fiscal os valores recolhidos, apurando o saldo remanescente, se houver.

Foi solicitado também, para o diligente verificar a alegação do contribuinte de que no cálculo do imposto efetuado pelo autuante, não foi considerado que no Termo de Acordo firmado entre a SEFAZ e a empresa REYDROGAS COMERCIAL LTDA., prevendo redução de base de cálculo do ICMS. Se necessário, refazer os cálculos.

A diligência fiscal foi realizada, conforme Parecer ASTEC Nº 019/2008 (fls. 368/369), sendo informado pela diligente que em relação à primeira solicitação, a empresa Reydrogas Comercial Ltda. encerrou suas atividades e por isso, foram solicitadas as notas fiscais do autuado, emitidas para o destinatário das mercadorias e confrontadas com o Livro Registro de Entradas acostado ao PAF. Informa que de acordo com as notas fiscais apresentadas pelo autuado (fls. 370/510) e o livro Registro de Entradas de Mercadorias, constatou que todas as notas fiscais relacionadas pelo autuante às fls. 10 a 12 e 27 a 35, emitidas pelo autuado estão lançadas na escrita fiscal, conforme fls. 85 a 321. O imposto foi apurado e lançado com a rubrica “imposto debitado” e o total mensal transferido para o Livro Registro de Apuração do ICMS, bem como o saldo apurado e recolhido pela empresa destinatária das mercadorias, Reydrogas Comercial Ltda. está conforme as cópias dos DAEs acostadas aos autos. Salienta que, como não foi possível confrontar as cópias com os originais dos DAEs, mas efetuou consulta ao Sistema Informações do Contribuinte – INC (fls. 511/512) nos períodos fiscalizados, constatado que o imposto foi efetivamente recolhido.

Quanto à segunda solicitação, a diligente informa que o autuante confessa na informação fiscal de fl. 328 que não calculou o imposto com redução da base de cálculo. Diz que constatou no Livro Registro de Entradas de Mercadorias que a empresa Reydrogas Comercial Ltda. calculou o ICMS Substituição Tributária com a redução da base de cálculo, assegurada pelo benefício fiscal concedido pela SEFAZ, conforme Termo de Acordo de fls. 359/363. Diz que, se o julgador entender que o autuado faz jus à redução da base de cálculo concedida à empresa Reydrogas, não há diferença de imposto a recolher, considerando que o valor do ICMS calculado pela empresa destinatária foi menor que o apurado pelo autuante, em virtude da redução da base de cálculo.

Intimado a tomar conhecimento do Parecer ASTEC Nº 019/2008, o defendant se manifestou às fls. 515/518, aduzindo que apesar de os fiscais reconhecerem a inexistência de diferença de imposto a recolher, deve ser reconhecida a redução da base de cálculo concedida à Reydrogas, tendo em vista que foi a própria Reydrogas que, autorizada a não observar o regime de substituição tributária, efetuou o recolhimento do imposto devido referente às operações subsequentes, que realizada com as mercadorias adquiridas do defendant. Assegura que não se tem dúvidas de que a Reydrogas gozava do benefício de redução da base de cálculo e que foi ela própria que efetuou o recolhimento do imposto, e por isso, entende que não há como se atribuir reconhecimento do benefício da redução da base de cálculo ao autuado. Conclui afirmando que os fiscais reconhecem a inexistência de diferença de imposto a ser recolhida, e por isso, requer seja reconhecida a insubsistência da integralidade do crédito tributário objeto do presente Auto de Infração.

Considerando que foi realizada a diligência fiscal, conforme Parecer ASTEC Nº 019/2008 (fls. 368/369) e que o autuante não tomou conhecimento do resultado da diligência fiscal, esta Junta de Julgamento Fiscal, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem, para dar conhecimento ao autuante do mencionado PARECER ASTEC e demais documentos acostados ao

PAF, conforme art. 149-A do RPAF/99, devendo se manifestar, querendo, sobre os citados elementos.

À fl. 534 (verso) o autuante constou que tomou ciência do teor do PARECER ASTEC Nº 19/2008, e que nada tem a acrescenta ou a declarar.

VOTO

Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo, constato que a autuação fiscal é decorrente da falta de retenção e recolhimento do imposto pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, referentes às vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado, de medicamentos, constando na descrição dos fatos, que o cálculo do imposto exigido foi efetuado a partir das tabelas de preços sugeridos, consoante revista ABCFARMA.

A legislação prevê que fica atribuída ao remetente da mercadoria objeto da autuação a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente sobre as operações subsequentes a serem realizadas neste Estado, sendo que a base de cálculo do imposto para efeito da substituição tributária é o valor correspondente ao preço constante da tabela estabelecida pelo órgão competente para venda a consumidor, e no caso de inexistência da referida tabela, deve ser adotado o preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista. (Convênio 76/94, cláusulas primeira e segunda).

Nas razões de defesa, o autuado alegou que realizou operações de vendas à empresa REYDROGAS COMERCIAL LTDA., beneficiária de Regime Especial de tributação, o qual autorizava o seu cliente a efetuar o pagamento do imposto devido por antecipação observando-se os prazos previstos no art. 2º da Portaria 517/97. Por isso, diz que o contribuinte localizado no Estado da Bahia, autorizado a não se submeter às regras do regime da substituição tributária, procedeu ao recolhimento do imposto incidente sobre as operações subsequentes, observando o regime de crédito e débito, sendo este o motivo de o impugnante não ter procedido à retenção e ao recolhimento do imposto.

De acordo com a fotocópia do Regime Especial (fls. 60/61) referente ao contribuinte Reydrogas Comercial Ltda., o mencionado regime foi concedido para pagamento do imposto devido por antecipação, incidente sobre mercadorias regidas pelo instituto da Substituição Tributária, exceto para mercadorias vinculadas ao Convênio 76/94.

O defensor informou que acostou ao presente processo a comprovação de suas alegações (fls. 83 a 321), consistindo no livro Registro de Entradas do destinatário das mercadorias, demonstrativo da apuração de saídas de mercadorias sem retenção, elaborado pela própria fiscalização, constando notas fiscais que foram consideradas na presente autuação fiscal. Reconhece que o regime especial à Reydrogas não era aplicável às mercadorias oriundas de Unidades Federativas signatárias do Convênio ICMS 76/94, e afirma que tal fato somente veio a ser percebido pelo defensor posteriormente ao período objeto da presente autuação, mas entende que não houve qualquer prejuízo ao Erário estadual, tendo em vista que o contribuinte baiano, beneficiário do regime especial, efetivamente realizou o recolhimento do imposto que deveria ser antecipado.

Observo que o presente processo foi convertido em diligência à ASTEC, sendo informado pela diligente que constatou no livro Registro de Entradas de Mercadorias que a empresa Reydrogas Comercial Ltda. calculou o ICMS Substituição Tributária com a redução da base de cálculo, assegurada pelo benefício fiscal concedido pela SEFAZ, conforme Termo de Acordo de fls. 359/363, e que, se o julgador entender que o autuado faz jus à redução da base de cálculo concedida à empresa Reydrogas, não há diferença de imposto a recolher, considerando que o valor do ICMS calculado pela empresa destinatária foi menor que o apurado pelo autuante, em virtude da redução da base de cálculo.

Entendo que apesar de não ter sido comprovado o recolhimento do imposto pelo remetente, na diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, foi apurado pela diligente que o destinatário das mercadorias, a empresa Reydrogas Comercial Ltda., calculou o ICMS Substituição Tributária com a redução da base de cálculo, assegurada pelo benefício fiscal concedido pela SEFAZ, conforme Termo de Acordo de fls. 359/363.

Neste caso, não se deve exigir o recolhimento do imposto que já foi pago, tendo em vista a previsão legal de que o estabelecimento que receber medicamentos sem a retenção pelo remetente fica obrigado a efetuar o recolhimento do imposto no prazo estabelecido na legislação estadual (conforme § 3º da Cláusula primeira do Convênio 76/94). Portanto, a fiscalização poderia apurar se o destinatário recolheu o imposto no prazo e exigir os acréscimos tributários caso se constatasse qualquer atraso no pagamento.

Vale ressaltar, que na informação fiscal prestada às fls. às fls. 326 a 329 dos autos, o autuante, após analisar os argumentos e documentos apresentados pelo autuado, refez os cálculos resultando na alteração do valor do débito total, de R\$267.857,53 para R\$159.393,63 (fl. 328), no caso de julgamento por esta Junta de Julgamento Fiscal, acatando os pagamentos efetuados pelo contribuinte destinatário das mercadorias.

Em relação às demais notas fiscais objeto do levantamento efetuado pelo autuante, não houve qualquer contestação pelo defensor. Assim, acatando as informações prestadas pelo diligente e os cálculos efetuados pelo autuante às fls. 328 e 330 a 335, concluo que ficou comprovado o pagamento parcial do imposto exigido no presente lançamento, devendo ser aceitos os pagamentos efetuados pela Reydrogas Comercial Ltda., consoante os motivos já expostos.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$159.393,63, conforme demonstrativo de fl. 328.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206919.0602/07-2, lavrado contra **GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$159.393,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR