

A. I. Nº - 269182.0003/10-0
AUTUADO - DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO MARCELO ALBUQUERQUE DO NASCIMENTO E JOSMAN FERREIRA
CASAES
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 20/10/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0256-03/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Ficou comprovado o cometimento da infração apurada, entretanto, além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, devem ser observados os procedimentos fiscais na constituição do crédito tributário. Portanto, se o Auto de Infração é lavrado de acordo com a lei é válido. A autuação foi efetuada em nome do destinatário sem observância da regra estabelecida no § 1º do art. 125 do RPAF/BA. A existência deste vício afeta a validade compromete a eficácia da autuação, obstando a produção de efeitos jurídicos, implicando sua nulidade. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/05/2010, refere-se à exigência de R\$1.175.116,75 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão do recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. De acordo com a descrição dos fatos, o contribuinte não observou o disposto no art. 3º-A do Decreto 7.799/00 e recalculou o ICMS nas aquisições das mercadorias listadas no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA.

O autuado, por meio de advogado com procuração e substabelecimento às fls. 66/69, apresentou impugnação (fls. 25 a 50), suscitando preliminar de nulidade, alegando que houve cerceamento ao direito de ampla defesa e ao contraditório em razão da descrição confusa do ilícito tributário. Cita o art. 38 do RPAF/BA e art. 155, II da Constituição Federal, ensinamentos doutrinários e decisão do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba e diz que devem ser consideradas as provas e os novos fatos mesmo que favoráveis ao interessado, ainda que este não os tenha alegado ou declarado. Salaria que não houve os esclarecimentos necessários pelo fiscal autuante sobre a natureza das imputações fiscais e, da leitura da peça acusatória restou demonstrada que a imputação fiscal não deixa claro o ilícito fiscal supostamente cometido pelo autuado. Pergunta qual é a acusação: Erro na aplicação da alíquota? Erro na determinação da base de cálculo? Erro na apuração dos valores do imposto? Ou a imputação fiscal se refere a todas as irregularidades mencionadas? Ou a apenas uma delas? Em seguida, transcreve o art. 39 do RPAF/BA, comenta sobre a descrição dos fatos e diz que a garantia constitucional da ampla defesa e contraditório, insculpada no artigo 5º, LV da Constituição Federal, deve ser observada pelo órgão julgador. Reproduz ensinamentos da doutrina quanto aos princípios da ampla defesa e do contraditório e um julgamento da 4ª Junta de Julgamento Fiscal pela nulidade cerceamento do direito de defesa. Portanto, o defendente requer a

da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal. Como segunda preliminar de nulidade, o defendente alega ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecer preços máximos de venda a consumidor. Diz que a ABCFARMA é uma entidade que tem a finalidade de defender os interesses dos empresários do setor comercial. A aludida entidade não detém legalmente a competência para estabelecimento de preços máximos sugeridos ao consumidor conforme determinaram os autuantes. Diz que no art. 8º da Lei Complementar 87/96, são elencadas, de forma clara, as hipóteses de base de cálculo para as mercadorias sujeitas à substituição tributária e a ABCFARMA não é fabricante, nem importador, nem tampouco entidade que representa os fabricantes, por conseguinte não está amparada legalmente para estabelecer preços. Entende que o § 3º da Lei Complementar está sendo ferido de morte, por aplicação indevida de base de cálculo sem respaldo legal. Salienta que diversos julgados do Consef, têm mostrado o equívoco na apreciação desta questão, talvez por ainda não ter sido levantada por nenhum contribuinte baiano, por completo desconhecimento da atividade da referida entidade. Não se trata, reitera, de representação de fabricantes ou importadores apenas uma organização composta por representantes de empresas comerciais, sejam elas atacadistas ou varejistas. Pergunta: qual a cláusula do convênio 76/94 ou da legislação baiana se refere a tabela de preços da ABCFARMA, ANVISA ou qualquer outra, como critério de apuração da base de cálculo? Afirma que as tabelas de preços utilizadas constam em publicações privadas (revistas não oficiais), que não se prestam para trabalhos fiscais e vários dos emitentes não constam da revista da ABCFARMA, por isso, entende que a autuação é nula de pleno direito. A terceira preliminar de nulidade suscitada pelo defendente diz respeito à falta de apresentação das tabelas de preços da ABCFARMA. Alega que o autuante não entregou ao recorrente as tabelas de preços em meio magnético relativas aos períodos fiscalizados, e o Auto de Infração tem que estar acompanhado de todos os meios de prova da infração apontada, e não há que se falar em inversão do ônus da prova, uma vez que o fiscal autuante teria que acostar aos autos e entregar ao recorrente todas as tabelas de preços relativas aos períodos da acusação, tendo em vista que a cobrança do imposto está amparada no PMC, estabelecido nas tabelas da ABCFARMA.

No mérito, o defendente inicialmente discorre sobre a introdução do federalismo no Brasil, sobre o princípio da não diferenciação tributária, bem como, sobre a tributação de medicamentos desde a sua origem. Diz que as unidades federadas preocupadas com a grande sonegação existente no segmento de medicamentos decidiram celebrar em 1994, através do CONFAZ o Convênio ICMS 76/94, introduzindo o regime de substituição tributária nas operações internas e interestaduais com os referidos produtos, e o Estado da Bahia recepcionou o referido acordo interestadual na sua legislação interna. O Estado da Bahia adotou o regime de substituição tributária para as operações internas, elegendo a Distribuidora Atacadista pelo recolhimento do imposto por antecipação oriunda de Estados que denunciaram o Convênio 76/94. Quando a Distribuidora localizada no território baiano adquirisse produtos farmacêuticos de Estados que permaneceram signatários do Convênio 76/94, o ICMS devido nas operações subseqüentes continuaria sendo retido pelo remetente. Por outro lado, se a mercadoria fosse remetida por empresas localizadas em Estados que denunciaram o acordo interestadual, a Distribuidora adquirente seria responsável pela antecipação e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária. Em relação aos benefícios fiscais concedidos pelo Decreto 7799/00, o defendente assevera que no caso específico do segmento de medicamentos o artigo 3º-A do citado diploma legal contemplou os atacadistas do setor farmacêutico, com redução de carga tributária no percentual de 28,53%, conforme se depreende do texto vigente à época. Entretanto, o entendimento equivocado do fiscal autuante impôs ao contribuinte a presente autuação fiscal em razão da não aplicação de tal benefício às aquisições oriundas de Estados que permaneceram fiéis ao Convênio 76/94. O defendente entende que o autuante penaliza o contribuinte cobrando imposto a maior quando suas aquisições fossem oriundas de Estados que permaneceram no Convênio 76/94, em detrimento daqueles que denunciaram o Acordo Interestadual, fragilizando o instituto da si que no caso em exame, se verifica uma violação pelo Decreto ba: Constituição Federal, no art. 152, que transcreveu, além de ensi

Calmon Navarro Coelho e Ives Gandra da Silva Martins em relação ao mencionado dispositivo constitucional.

Prosseguindo, o defendente alega que as mercadorias provieram de Estado signatário do Convênio 76/94, de forma que a retenção do ICMS já ocorreu na origem com uma redução de base de cálculo de apenas 10%, sem qualquer direito adicional. Para equalizar esta diferenciação inconstitucional promovida pelo Estado da Bahia, o autuado creditou-se de 18,53% adicionais, abatendo tais créditos em suas operações subseqüentes, igualando os benefícios atribuídos às operações de mesma natureza, porém advindas de Estados não signatários do Convênio 76/94. Ressalta que os Estados não signatários do Convênio 76/94, constituem-se de Estados que subscreveram o Convênio, obrigatoriamente de consenso nacional – Lei Complementar 24/75, e depois o denunciaram, desobrigando-se do quanto acordado no protocolo original, deflagrando a dita Guerra Fiscal. O Estado da Bahia, no pressuposto de se defender desta situação, prescreveu através de mero Decreto, de nº 7799/2000, uma redução adicional de base de cálculo de 18,53%, através de seu art. 3º-A, que privilegiou, sem qualquer razão lógica, jurídica, social, ética e política, apenas os Estados não signatários do referido Convênio. O defendente entende que o referido artigo 3º-A é inconstitucional porque estabelece diferença de tratamento em função da procedência e fere a isonomia tributária real, pois o traço desigualador não é razoável, nem justificável, promove o desequilíbrio econômico das relações negociais do segmento de produtos farmacêuticos. Portanto, a maior redução da base de cálculo – 28,53% - que só é aplicável às aquisições de mercadorias de Estados que não permaneceram no Convênio 76/94, provoca um injustificável tratamento que afronta o Princípio da Isonomia, além de outros cânones constitucionais. Diz que o sistema de tributação insculpido na CF/88 deve ser uniforme para todo o Estado Federativo, e que as diferenciações de tributação só deverão ser convalidadas através de Convênios de consenso nacional, promulgados entre unidades da Federação e o Distrito Federal (CF, 155, § 2º, XII, 'g' e LC 24/75), como decidiu o Supremo Tribunal Federal em todas as ADI's que lhe foram submetidas. Diz que a Bahia criou um tratamento que rompe o pacto federativo da CF, estabelece diferenças tributárias em razão do Estado de origem das mercadorias e limita ou inviabiliza a atividade comercial do defendente. Salienta que não traz à baila matéria constitucional esperando que este órgão julgador tenha competência para julgá-la, pois sabe que mesmo que assim entendesse este Tribunal Administrativo, o RPAF não permite o julgamento de ilegalidade ou de inconstitucionalidade de norma legislada de forma incontroversa pelo Estado. Pugna que a douta Presidente do CONSEF, independente da nulidade do AI por cerceamento à ampla defesa e ao contraditório, por conter vícios formais essenciais que não permitem o exato entendimento da autuação, utilize-se da prerrogativa do art. 168 do RPAF e retire o processo da Pauta de Julgamento para submeter uma proposta a esta Colenda Câmara, com o fito encaminhar à Câmara Superior o exame da questão e a ofereça à apreciação do Ilmo. Sr. Secretário de Fazenda do Estado, por meio de representação, para análise de conveniência da revogação parcial da norma apontada como inconstitucional e ilegal, ficando o processo sobrestado até sua decisão final, depois de ouvida a PROFIS. Diz que espera do procedimento do art. 168 do RPAF, desencadeado pela Ilustre Presidente desta corte, é que da representação que encaminhar a questão ao Secretário deflua norma ou ato que modifique os efeitos do Decreto 7799/2000, eliminando o tratamento diferenciado em função da procedência, de modo que se estenda o redutor de 18,53% a todas as operações de mesma natureza, viabilizando o exercício da referida atividade econômica no Estado da Bahia. O defendente pede a este órgão julgador que conduza o julgamento de modo a evitar os gravames inerentes a uma demanda judicial, no diz respeito à perda de tempo, gastos para a Fazenda Pública e para o Contribuinte e esforço pessoal que os funcionários envidarão numa contenda de pende manifestadamente a favor do Contribuinte. Informa que, para corroborar com todas as alegações já descritas, o Estado da Bahia, reconhecendo a imperfeição e a ilegalidade do artigo 3º-A do Decreto nº 7799/00. fez publicar o Decreto 11.872 em 06/12/2009, dispondo sobre a concessão de regim aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não distribuidor de medicamentos localizados neste Estado, o qual repr

O defendente contesta a multa aplicada, alegando que a mesma tem o caráter confiscatório e afronta as garantias constitucionais do cidadão contribuinte; configurando-se, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal. Diz que é absolutamente explícito e inequívoco o exagero na multa aplicada. Nela foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente no Brasil. Ressalta que, atualmente, já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputadas pela Administração, sendo facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco. Nesse sentido, reproduz decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Por fim, o defendente reitera as preliminares de nulidade, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

O autuante Antônio Marcelo Albuquerque do Nascimento, em sua informação fiscal às fls. 87 a 89 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que na primeira preliminar de nulidade o defendente tenta confundir o julgador ao substituir as possíveis causas do recolhimento a menos do ICMS com a infração em si mesma. Diz que a infração está claramente enunciada, e como aspecto valorativo, o ICMS envolve o cálculo que contempla a determinação da base de cálculo, a aplicação da alíquota e a apuração do valor total a recolher. Diz que o recolhimento a menos pode se dar por qualquer desses erros individualmente ou pela conjugação de dois deles ou de todos ao mesmo tempo. Mas a infração é a mesma, ou seja, recolhimento efetuado a menos. Quanto à segunda e terceira preliminares de nulidade, o autuante diz que essas preliminares também foram apresentadas na defesa do Auto de Infração nº 269182.0002/10-3. Naquele Auto de Infração houve uma apreciação aprofundada das duas preliminares. Mas entende que na presente autuação, essas preliminares se apresentam desprovidas de qualquer sentido, devendo ser rechaçadas de plano. Informa que o Auto de Infração 269182.0002/10-3 refere-se apenas à utilização de parte do valor do ICMS retido pelos remetentes nas aquisições de mercadorias relacionadas no item 13, inciso II do art. 353 do RICMS/BA, provenientes de outras unidades da Federação, signatárias do Convênio 76/94, na dedução do valor do imposto apurado pelo contribuinte a título de antecipação tributária das aquisições dessas mesmas mercadorias, porém, oriundas de Estados não signatários do citado Convênio. Diz que naquela autuação não há considerações quanto à base de cálculo e apuração do valor recolhido por item de mercadoria em cada nota fiscal, pois essa apreciação e a constituição do crédito é contemplada no auto de infração nº 269182.0002/10-3. Em relação aos argumentos defensivos quanto à tabela da revista ABCFARMA e sua falta de apresentação ao contribuinte, o autuante esclarece que não foi utilizada a mencionada revista para determinar o débito apurado nesta autuação fiscal. Esclarece que o fato tratado neste Auto de Infração já fora objeto de autuação anterior, julgada procedente pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, e a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal não proveu o recurso voluntário apresentado pelo autuado. Diz que não houve alteração da legislação, que alcança os fatos geradores daquela autuação e deste Auto de Infração, motivo pelo qual, entende que não há razão para que este órgão julgador decida de modo diferente. Em relação à inconstitucionalidade do tratamento tributário estabelecido no Decreto 7.799/00, bem como em relação à multa, também questionada pelo defendente, o autuante reproduz o art. 167 do RPAF/BA. Finaliza pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Analisado em pauta suplementar do dia 15/09/2010, os membros desta 3ª Junta de Julgamento Fiscal concluíram que o presente processo encontrava-se em condições de ser julgado.

VOTO

Inicialmente, o defendente suscitou nulidade do Auto de Infração. A peça acusatória restou demonstrado que a imputação fiscal não

supostamente cometido pelo autuado. Pede a nulidade do Auto de Infração alegando falta de clareza e precisão da imputação fiscal.

Observo que o autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando a redução da base de cálculo e contestando a utilização da tabela de preços da ABCFARMA, referindo-se ao levantamento fiscal.

O autuado requereu a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas. Entretanto, fica indeferido o pedido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência, e se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos. Diante do levantamento fiscal efetuado com base nos documentos do autuado, conforme CD à fl. 21, cuja cópia foi fornecida ao defendente, mediante recibo, não foi apresentada pelo sujeito passivo qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelos autuantes. Por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado nas razões de defesa.

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, sob a acusação de que foi constatado recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA.

Embora a descrição da irregularidade apurada possa causar alguma dúvida, na medida em que fala de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, consta a informação de que não foi observado o disposto no art. 3º-A do Decreto 7.799/00, por isso, os autuantes informaram que recalcularam o ICMS devido pelas aquisições das mercadorias listadas no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA. Portanto, ficou descartada a possibilidade de equívoco ou obscuridade na descrição da infração, após a explicação quanto ao motivo da autuação fiscal.

Em sua impugnação, o autuado alega que o artigo 3º-A do Decreto 7.799/00 é inconstitucional, porque estabelece diferença de tratamento em função da procedência da mercadoria e fere a isonomia tributária real; promove o desequilíbrio econômico das relações negociais do segmento de produtos farmacêuticos, e que a maior redução da base de cálculo – 28,53% - só é aplicável às aquisições de mercadorias de Estados que não permaneceram no Convênio 76/94, provocando um injustificável tratamento que afronta o Princípio da Isonomia, além de outros cânones constitucionais.

O Decreto 7.799/00 trata da redução base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes no anexo único ao referido Decreto, todas relacionadas ao comércio atacadista, estabelecendo no art. 3º-A:

Art. 3º-A. Nas aquisições dos produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, por distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes, quando feitas diretamente a estabelecimentos industriais, a base de cálculo para fins de antecipação do ICMS poderá ser reduzida em 18,53% (dezoito inteiros e cinquenta e três centésimos por cento), sem prejuízo da redução prevista no § 2º, do art. 61, do Regulamento do ICMS, de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15% (doze inteiros e quinze centésimos por cento)

Parágrafo único. Em substituição à aplicação da

prevista no caput, o contribuinte poderá optar €

por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 21% (vinte e um por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não seja inferior a 3,9% (três inteiros e nove décimos por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

No caso em exame, os autuantes informaram que foi recalculado o ICMS relativo às aquisições das mercadorias listadas no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS de estabelecimentos localizados em unidades da Federação signatárias no Convênio ICMS 76/94, que já haviam feito a retenção do imposto quando da saída das mercadorias para a Bahia, aplicando uma redução de base de cálculo de 28,53%, gerando com tal procedimento um suposto saldo credor de ICMS retido, correspondente à diferença de 18,53% da base de cálculo, deduzindo esse valor do ICMS na antecipação tributária de sua responsabilidade. Foi lançado a crédito o ICMS retido e a débito o ICMS recalculado dessas aquisições com a redução indevida, na apuração do ICMS antecipação a recolher mensalmente.

Conforme prevê o art. 372, inciso II do RICMS/BA, nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, relativamente à espécie de mercadorias adquiridas, o adquirente ficará obrigado a efetuar a complementação do imposto, caso o remetente tenha feito a retenção em valor inferior ao devido, na hipótese do parágrafo único do art. 357, que se refere aos casos em que a retenção do imposto é feita sem a inclusão na base de cálculo prevista no art. 61, dos valores correspondentes a frete ou seguro, por não serem esses valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal. Quando o remetente não faz a retenção, será exigido o imposto nos termos do item 1 da alínea “i” do inciso II do art. 125, do mencionado Regulamento.

Por outro lado, o Convênio 76/94 atribui 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.

Quanto ao prazo para recolhimento do ICMS no caso de retenção efetuada em valor inferior ao previsto na legislação, deve ser observado o disposto no § 1º do art. 125 do RICMS/97, conforme transcrito a seguir:

Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:

...

i) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:

1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuar a retenção em valor inferior ao estabelecido no acordo, observado o disposto no § 1º;

2 - os valores referentes ao frete ou seguro não forem conhecidos pelo sujeito passivo por substituição tributária;

...

§ 1º Nas aquisições, de outra unidade da

enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição na forma do item I da alínea “i” do inciso II, 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, sendo que:

I - 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:

a) pela Procuradoria da Fazenda, no processo originário, quando se tratar de matéria afeta ao Poder Judiciário;

b) pelo auditor fiscal ou pelo agente de tributos estaduais nos demais casos;

II - a atribuição da responsabilidade supletiva ao contribuinte substituído, de que cuida este parágrafo, implica a desistência, por parte da fazenda pública estadual, da cobrança do imposto do sujeito passivo por substituição;

III - iniciado o procedimento fiscal, o auditor fiscal ou agente de tributos estaduais anexará o processo originário à Notificação Fiscal, a menos que o mesmo tenha sido incorporado fisicamente ao processo judicial ou requisitado por autoridade do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo.

No caso em exame, o Auto de Infração foi lavrado em nome do destinatário das mercadorias, localizado neste Estado, tendo sido informado pelos autuantes que os estabelecimentos remetentes são localizados em unidades da Federação signatárias no Convênio ICMS 76/94, que já haviam feito a retenção do imposto quando da saída das mercadorias para a Bahia, aplicando equivocadamente uma redução de base de cálculo de 28,53%.

Em decorrência da inobservância do disposto no art. 3º-A do Dec. 7.799/00, reproduzido neste voto, os autuantes informaram que recalcularam o ICMS devido ao Estado da Bahia, em relação às aquisições pelo autuado de medicamentos oriundos de Estados signatários do Convênio 76/94. Entretanto, os autuantes deveriam adotar o procedimento estabelecido na legislação, no sentido de que, não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição na forma do item I da alínea “i” do inciso II, do art. 125 do RICMS/BA, deveria ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, para que efetuasse o recolhimento espontâneo do imposto, salientando-se que a adoção deste procedimento somente seria possível após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deveria ser declarada ou demonstrada formalmente

Pelo que consta nos autos, em confronto com os dispositivos da legislação acima reproduzidos, constato que os autuantes não observaram o procedimento fiscal adequado, na medida em que foi exigida ao destinatário da mercadoria neste Estado, a diferença apurada entre o imposto retido e o efetivamente devido, sem a justificativa formal de que foram esgotadas as possibilidades de exigir o imposto do responsável por substituição, caso tenha havido descumprimento do Convênio ICMS 76/94, e sem a Notificação Fiscal prévia para que o autuado efetuasse o pagamento do débito apurado, o que implica nulidade do Auto de Infração.

Também foi informado pelos autuantes que os valores não recolhidos foram apurados pela fiscalização como simples diferença entre o lançado a crédito e o apurado nos arquivos da memória de cálculo apresentados pelo contribuinte, o que se depreende que a autuação teria sido por utilização indevida de crédito fiscal relativo às operações em passível de nulidade, haja vista que a acusação da infração não tem crédito fiscal.

Quanto ao julgamento proferido pelo CONSEF em relação a Auto de Infração anteriormente lavrado, citado, pelos autuantes, observo que os elementos constantes naquele PAF não são, necessariamente, os mesmos que integram o presente processo, e o convencimento do julgador é formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no PAF, apreciando as provas produzidas nos autos.

Em relação à intervenção da Presidente do CONSEF, solicitada pelo autuado, entendo que nesta fase de julgamento, e no caso em exame, não ficou caracterizada esta necessidade e não encontram na legislação previsão para a solicitação de parecer.

Entendo que estando comprovada a falta de recolhimento do imposto, além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, devem ser observados os procedimentos fiscais na constituição do crédito tributário. Portanto, se o Auto de Infração é lavrado de acordo com a lei é válido, mas a existência de vício que afeta a sua validade compromete a sua eficácia, obstando a produção de efeitos jurídicos, devendo ser providenciado novo procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas, apurando-se a diferença devida.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 269182.0003/10-0, lavrado contra **DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA.**

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, 04 de outubro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA