

A. I. N.º - 206833.0002/09-0
AUTUADO - AUDIFAR COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO VICENTE MARUBAYASHI
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 29/04/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0069-03/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIO DE PROCEDIMENTO. INCERTEZA QUANTO À IMPUTAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS (MEDICAMENTOS) REALIZADAS POR FILIAL ATADISTA ESTABELECIDADA EM OUTRA UNIDADE FEDERATIVA, PARA FILIAL ATACADISTA DESTE ESTADO. A imputação trata de vendas, e o levantamento fiscal refere-se a transferências. Ademais, tratando-se de operações de transferências entre filiais atacadistas, na situação em lide é o destinatário, localizado neste Estado, e não o autuado, o responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes. Imputação nula. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2009 para exigir ICMS no valor de R\$27.157,06, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de retenção do imposto, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias (medicamentos) realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia no período de outubro a dezembro de 2006. Consta, na descrição dos fatos, que os detalhes sobre o procedimento de cálculos estão acostados aos autos, demonstrativos às fls. 13 a 53. Consta, também, que no Anexo I (fls. 15 a 53) estão citados apenas os itens que tenham diferença a recolher, com base no registro 54 do arquivo magnético SINTEGRA, e que no rodapé deste Anexo I encontram-se maiores explicações sobre os procedimentos de elaboração do demonstrativo.

O autuante acosta, às fls. 06 e 07, cópias do Edital de Cientificação nº 01/2009, publicado no DOE/BA de 16 e de 17/06/2009, cientificando o sujeito passivo do início do processo de fiscalização, na qualidade de contribuinte substituto, referente aos exercícios de 2005 a 2007. Às fls. 08 e 09, Intimação para apresentação de documentos fiscais e cientificação de início de fiscalização, e comprovante de entrega desta Intimação ao sujeito passivo. À fl. 12, Termo de Autenticação de Arquivos Eletrônicos. À fl. 13, demonstrativo intitulado “Anexo III – Demonstrativo de Apuração do ICMS ST – Resumo mensal”; às fls. 14 a 16, demonstrativo intitulado “Anexo II – Demonstrativo de Apuração do ICMS ST por Nota Fiscal – Convênio ICMS 76/94 – 2006”; às fls. 17 a 53, demonstrativo intitulado “Anexo I – Demonstrativo de Apuração do ICMS ST por Item – Convênio ICMS 76/94 – 2006”; às fls. 57 a 367, cópia da Revista “ABC Farma” de outubro/2006, com lista de preços de medicamentos.

Às fls. 373 e 374, comprovante de cientificação da autuação e de entrega, ao sujeito passivo, dos documentos de fls. 01 a 47 do PAF, com a abertura de seu prazo para impugnação do lançamento de ofício.

O sujeito passivo, por intermédio de advogado com Procuração à fl. 397, impugna o lançamento de ofício às fls. 376 a 388 (volume II), inicialmente aduzindo não estar obrigado ao recolhimento das diferenças de ICMS devido por substituição tributária. Diz que houve equívoco do autuante porque a adquirente das mercadorias foi a outra filial do grupo, com CNPJ nº 01.492.147/0010-08, e

que tal filial é signatária da Portaria nº 114, de 27/02/2004, da qual copia o artigo 1º. Diz que a responsabilidade pelos recolhimentos de ICMS devido por antecipação tributária é daquela filial, a qual tinha prazo até o dia 25 do mês seguinte ao das entradas de mercadorias para recolher o imposto.

Diz que nas cópias de notas fiscais que anexa à impugnação verifica-se que estas foram canceladas pelo Fisco, após conferidas as mercadorias, quando da entrada no Estado. Que aquele agente fiscal deveria, caso o imposto fosse devido, ter exigido tal imposto na ocasião da chancela. Que tal chancela comprovaria que as remessas das mercadorias estariam de acordo com a legislação em vigor. Diz que as notas fiscais objeto do Auto de Infração já estão escrituradas pela filial de Feira de Santana, e que o imposto foi pago. Que não deve ocorrer a cobrança em duplicidade.

Alega ilegitimidade de parte, copiando o artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil – CPC e entendimento de Tribunal Superior. Pede o cancelamento do Auto de Infração. Em seguida, o contribuinte pede pela nulidade do Auto de Infração, tecendo considerações acerca do lançamento tributário e dos requisitos que devem conter o Auto de Infração. Repete ser parte ilegítima, em face de Portaria nº 114/2004. Alega estar ocorrendo “bis in idem” com a presente autuação, por estar ocorrendo a mesma cobrança em relação a dois contribuintes distintos, ou seja, ele, autuado, situado em Pernambuco, e a filial de Feira de Santana. Cita decisões de Tribunais Superiores.

Conclui repetindo as alegações e pedindo que a cobrança seja considerada indevida, aduzindo que provará o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos. Solicita que as intimações e publicações sejam realizadas em nome do advogado da empresa, cujo nome e endereço explicita à fl. 387 dos autos.

O contribuinte acosta documentos às fls. 389 a 480.

O autuante presta informação fiscal às fls. 484 a 489 expondo que a empresa foi autuada por haver deixado de efetuar a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas realizadas a contribuintes localizados no Estado da Bahia, referente a operações do período de 01/janeiro/2005 a 31/dezembro/2007. Que dentre essas vendas incluem-se saídas, a título de transferência, do autuado para sua filial em Feira de Santana, com inscrição estadual nº 63.659.429.

Aduz que o principal argumento defensivo é o de que ele, autuado, não se encontraria obrigado a efetuar o recolhimento do valor do ICMS reclamado tendo em vista que este foi efetuado, posteriormente, através de sua filial em Feira de Santana, destinatária dos produtos. Que isto aconteceu porque a destinatária é signatária da Portaria nº 114, de 27/02/2004, que a credencia a efetuar o recolhimento do ICMS antecipado referente a entradas interestaduais até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Que, com esse raciocínio, o sujeito pasivo solicita que o Auto de Infração seja considerado nulo por erro formal, já que se considera parte estranha para figurar do Auto de Infração, tendo em vista ser diferente de quem realmente tem a obrigação para seu recolhimento, em virtude do artigo 1º da Portaria nº 114 de 2004, pelo que teria sido descaracterizada a relação jurídica entre o sujeito passivo e a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

O preposto fiscal relata que o contribuinte, como prova do recolhimento pela filial de Feira de Santana, junta aos autos Demonstrativos de Apuração Tributária nas Operações de Entrada, emitidas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, procurando mostrar que “Assim, se verifica que as Notas Fiscais objeto desse Auto de Infração já estão incluídas no lançamento fiscal de entrada das mercadorias da filial em Feira de Santana” e também lançadas na contabilidade. Que o contribuinte ressalta que se tais argumentos não forem considerados haveria a dupla tributação, e anexa à defesa cópias de notas fiscais, com carimbos dos postos fiscais pelos quais transitaram, ou seja, “canceladas pelo Agente Fiscal”. Que o sujeito passivo afirma

que as mercadorias entraram no Estado após a conferência do agente fiscal e, se existisse alguma obrigação de recolhimento de substituição tributária, ela deveria ser exigida pelo agente fiscal quando da entrada das mercadorias neste estado, entendendo que se o agente fiscal chancelou as Notas Fiscais então teria sido confirmada a legalidade do ato e o recolhimento correto dos tributos, do contrário não haveria possibilidade das mercadorias entrarem no Estado. Que, segundo o autuado, isso comprovaria que as remessas das mercadorias na época estariam de acordo com a legislação em vigor. Que o contribuinte conclui pedindo pela nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade de parte e, caso assim não fosse entendido, o autuado requer que seja declarada indevida a cobrança, em virtude de haver chancela do Agente Fiscal, bem como por existir Demonstrativo de Apuração tributária nas Operações de entrada emitida pelo Governo do Estado da Bahia, comprovando a regularidade fiscal da mesma no ato da entrada das mercadorias, bem como gerando a cobrança a cobrança desse débito com efeito “bis in idem”.

O preposto fiscal aduz que o autuado, localizado no Estado de Pernambuco e regularmente inscrito junto ao Estado da Bahia na qualidade de contribuinte substituto, é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST quando efetua transferências para filial atacadista localizada no Estado da Bahia, porque o sujeito passivo encontra-se submetido às normas do Convênio ICMS nº 76/94 (produtos farmacêuticos), uma vez que o Estado de sua localização, Pernambuco, e a Bahia são signatários do Convênio; por conseguinte, se sujeita também ao Convênio ICMS nº 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por convênios ou protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal. Assevera que pelo que determina o inciso II da cláusula quinta do Convênio ICMS nº 81/93, o autuado estaria realmente desobrigado de efetuar a retenção tributária nas transferências a sua filial atacadista localizada na Bahia, se não fosse o parágrafo único, com efeitos a partir de 01/01/04, afirmando que apenas é sujeito passivo por substituição quando assim definido no Protocolo ou Convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria, no caso, o Convênio ICMS nº 76/94, do qual participa o autuado.

O preposto fiscal copia as Cláusulas Primeira, Segunda e Quinta, e Parágrafo único, do Convênio ICMS nº 81/93, e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 76/94 (medicamentos).

O autuante prossegue expondo que somente é sujeito passivo por substituição o importador ou industrial fabricante do medicamento. E que, embora o autuado não seja importador, ou fabricante, submete-se ao Convênio ICMS nº 81/93 (Normas Gerais), sendo sujeito passivo por substituição conforme sua cláusula segunda, não podendo transferir essa responsabilidade para sua filial atacadista localizada no Estado da Bahia, conforme parágrafo único do artigo 5º.

Afirma que ratifica este raciocínio o Parecer nº 7196/2005 ao processo de Consulta nº 13253120053, (fls. 490 a 491) que trata exatamente do mesmo assunto, destacando constar neste Parecer que “...o estabelecimento destinatário, na condição de atacadista, não é considerado, pelo convênio 76/94, sujeito passivo por substituição tributária. De modo que quando a filial atacadista do Estado do Espírito Santo remeter os produtos para o estabelecimento do Estado da Bahia deverá efetuar a retenção do imposto com base na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93,...”.

O representante do Fisco aduz que do exposto conclui-se que, independentemente de a filial baiana ser signatária da Portaria nº 114/04, a responsabilidade pela retenção do ICMS devido por substituição é do remetente, ora autuado, localizado no Estado de Pernambuco. Que, inclusive, o Parecer nº 6.481/2004, à fl. 408 do PAF, opina pelo deferimento do pedido da filial baiana para credenciamento para recolher o ICMS antecipado conforme Portaria nº 114/2004, mencionando que “...havendo acordo interestadual e sendo o Estado remetente da mercadoria signatário, este prevalecerá sobre a nossa legislação interna, inclusive sobre a Portaria 114/2004...”.

Argumenta que tampouco pode ser alegado que o fato de as notas fiscais haverem transitado pelos postos fiscais da Bahia e, portanto, “chancelados pelo Agente Fiscal” (fls. 411 a 431), isto comprovaria a legalidade da falta de retenção. Que não há motivo pelo qual o agente fiscal cobre ICMS devido por substituição no posto de fronteira, já que o remetente é regularmente inscrito no

Estado da Bahia como contribuinte na condição de substituto tributário, e qualquer ilegalidade por ele cometida seria posteriormente verificada, como de fato está sendo, no momento do processo de fiscalização. Que as notas fiscais devem ser carimbadas no posto fiscal para que fique registrado que por ele transitaram, servindo de prova posterior quanto a que a mercadoria realmente transitou por aquelas vias.

Afirma que para que se comprove a ocorrência do “bis in idem” alegado pelo autuado resta saber se, independentemente de o autuado ser, ou não, responsável pela retenção do ICMS devido por substituição, houve de fato recolhimento pela filial baiana, destinatária da mercadoria. Que caso o recolhimento haja sido efetuado, para que não prospere a alegação da defesa, restaria apenas a cobrança de multa formal pela não retenção do imposto.

O autuante relata que o contribuinte, à fl. 380 dos autos, afirma que “as notas fiscais objeto desse Auto de Infração já estão incluídas no lançamento fiscal de entrada das mercadorias da filial em Feira de Santana” e que as notas fiscais chanceladas pela autoridade fiscal estão relacionadas no Demonstrativo de Apuração Tributária nas Operações de Entrada, emitido pela SEFAZ/BA. Que, contudo, esse demonstrativo, emitido pela SEFAZ/BA (fls. 433 a 475), é apenas um informativo das notas fiscais que entraram no destinatário sem retenção do ICMS devido por substituição. Que se o autuado considera que os valores ali informados são de responsabilidade da Filial, não anexou quaisquer documentos que comprovem que o ICMS devido por substituição reclamado no Auto de Infração tenha sido pago. Que, inclusive, os valores recolhidos sob o código de receita 1145 – ICMS ANTEC TRIB PRODUTOS ANEXO 88 RICMS, são sempre inferiores aos valores informados no referido Demonstrativo, conforme tabela que ele, preposto do Fisco, elabora na informação fiscal, com base no sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ. Informa que o valor referente a dezembro/2006 foi recolhido apenas parcialmente, em 26/02/2007; que o montante referente a janeiro de 2007 não foi recolhido, e que somente em maio ocorreu recolhimento, referente a abril de 2007.

Conclui expondo que, comprovado que legalmente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição referente aos produtos elencados no Convênio ICMS nº 76/94 (medicamentos) é do autuado, mas, conforme alega em defesa, se o tributo houver sido recolhido pela filial destinatária, ele, autuante, sugere que a essa retorne o presente Auto de Infração, ou encaminhe-se o processo para diligência por fiscal estranho ao feito, para que sejam anexados documentos que comprovem o recolhimento que o impugnante alega haver sido feito, e posteriormente retorne-se a ele, autuante, para a devida informação, salvo melhor decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Às fls. 507 e 508 esta 3ª Junta, em pauta suplementar, observando que consta, na descrição dos fatos, que os arquivos SINTEGRA enviados pelo contribuinte a esta SEFAZ serviram de base à elaboração dos demonstrativos do levantamento fiscal realizado, que os Demonstrativos do levantamento fiscal foram acostados às fls. 13 a 56, e a cópia da Lista de Preços da Revista ABCFARMA de outubro/2006 às fls. 57 a 367, e que o contribuinte, alegou, dentre outros pontos, que a adquirente das mercadorias foi outra filial do grupo, a quem caberia o pagamento do imposto lançado de ofício até o dia 25 do mês subsequente, nos termos da Portaria nº 114/04, tendo então o autuante prestado informação fiscal às fls. 484 a 489 contestando as alegações defensivas e expondo, dentre outros aspectos, a sugestão de diligência para que fossem anexados documentos que porventura comprovassem que o recolhimento do imposto lançado no Auto de Infração já houvera sido recolhido pela filial destinatária; considerando a necessidade de assegurar o direito de ampla defesa do contribuinte, e na busca da verdade material; considerando ainda que na Intimação de fl. 373 só estão mencionadas as páginas 01 a 47 do Auto de Infração, esta 3ª JJF deliberou, em pauta suplementar, por converter o presente processo em Diligência à Inspeção Fazendária de origem para que o autuante informasse: se as operações objeto da autuação eram apenas vendas, conforme exposto à fl. 01 do Auto de Infração, ou vendas e transferências, consoante informação fiscal à fl. 484, e caso existissem vendas e transferências, elaborasse demonstrativos separados para cada situação; se o remetente e o

destinatário eram industriais, atacadistas, ou varejistas; se o autuado e a destinatária são filiais. Foi solicitado também que o preposto fiscal verificasse se todo o imposto objeto do lançamento de ofício foi pago pela destinatária, tal como afirma o autuado.

Na mesma Diligência foi solicitado, à INFAZ de origem, que após as providências a serem tomadas pelo representante do Fisco, fornecesse cópia ao contribuinte, reabrindo-lhe o prazo de defesa: dos demonstrativos e cópias de fls. 48 a 367; da informação fiscal e documento à mesma anexado, fls. 484 a 491; daquela Diligência; dos documentos acostados ao processo pelo preposto fiscal, em atendimento à presente.

O autuante, às fls. 509 e 510, aduz que, em atendimento à Diligência solicitada, respondia que as operações objeto da autuação são apenas de transferências de uma filial, situada em Pernambuco (CNPJ nº 01.492.147/0008-85), para outra filial (CNPJ nº 01.492.147/0010-08), situada na Bahia, e que todo o crédito reclamado refere-se a transferências apenas, sem retenção do imposto, pelo que não há necessidade de elaborar-se novo demonstrativo.

Afirma que tanto o remetente, quando o destinatário, são atacadistas. Que, para verificar se todo o imposto reclamado foi pago pela destinatária, esta foi intimada a apresentar cópias de DAEs que comprovassem o pagamento do imposto antecipado a recolher pela filial de Feira de Santana, bem como o livro Registro de Entradas, livro Registro de Apuração do ICMS e a relação de todas as notas fiscais de entradas com o ICMS devido por substituição a recolher, bem como os respectivos valores devidos a título de ICMS devido por substituição.

Que foram encaminhadas duas intimações (fls. 511 a 515), com respectivos Avisos de Recebimento – ARs, para o autuado, para o contador de empresa, Sr. Fernando, e para o advogado da empresa, Sr. Vladir. Que foram apresentadas cópias do livro Registro de Entradas (fls. 517 a 548) e relação das notas fiscais de entradas do “ICMS substituto” a recolher referente aos meses de outubro, novembro de dezembro/2006 (fls. 549 a 599), mas que não foram apresentados o livro Registro de Apuração do ICMS, nem cópias dos DAEs que comprovassem o pagamento do ICMS devido por substituição.

O preposto fiscal acosta documentos às fls. 511 a 599, que se constituem em Intimações e Avisos de Recebimento expedidos pelos correios – AR; cópias do livro Registro de Entradas da empresa AUDIFAR localizada na cidade de Feira de Santana/BA; e cópias de demonstrativos de apuração tributária nas operações de entradas da empresa AUDIFAR de Feira de Santana.

A INFAZ de origem cumpriu o quanto solicitado por esta 3ª JJF, conforme Intimações e ARs de fls. 599-A a 601.

O sujeito passivo volta a pronunciar-se às fls. 603 a 613, acusando o recebimento da documentação, relatando a autuação, resumindo a informação fiscal e, em seguida, aduzindo que examinado o Convênio ICMS nº 81/93, em específico na Cláusula Primeira, que copia, embora assista razão ao Fisco quando afirma que ele, autuado, está submisso à regra geral sobre substituição tributária, o Fisco não teria observado o quanto disposto na cláusula décima-quarta deste Convênio ICMS nº 81/93, que prevê que os Convênios, ou Protocolos, poderão estabelecer normas específica, ou complementares, às daquele Convênio. Que a Portaria nº 114/2004 estabelece normas complementares. Que, assim, a responsabilidade pelo recolhimento é da filial destinatária, nos termos dessa Portaria. Indaga se este Estado poderia editar a Portaria nº 114/2004 e depois torná-la sem eficácia para prejudicar o contribuinte. Afirma que se existe norma na época do fato gerador, deve ser respeitada.

O contribuinte diz ser incoerente o disposto no artigo 1º, §1º, do RICMS/BA, em face de decisões de Tribunal Superior. Aduz que o Fisco cita a Cláusula Quinta e seu parágrafo único, que remete ao Convênio ICMS nº 76/94, mas que a premissa extraída pelo autuante e a norma que trata do fato gerador relativa ao ICMS no Estado da Bahia, RICMS/BA, seriam contrárias à sistemática do ICMS e também a decisões recentes do STJ, que copia.

Afirma que o fato gerador do imposto ocorre com a saída da mercadoria, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Que a operação efetuada foi o simples deslocamento de mercadorias de sua filial situada em Pernambuco para outra filial na Bahia. Que existem reiteradas decisões judiciais que no sentido de que a simples transferência de mercadorias não constitui fato gerador do ICMS. Cópia decisão de Tribunal Superior. Afirma que se a autuação prosperar na instância administrativa não encontrará a mesma guarida na instância judicial

Passa a falar sobre violação ao artigo 100 do CTN, que transcreve. Diz que por tal dispositivo é vedado aplicar qualquer sanção a ele, sujeito passivo, porque se a sua conduta encontra respaldo em ato normativo expedido por autoridade administrativa, ou em práticas reiteradas da administração, não cabe a imputação de ilícito, estando excluída a aplicação de penalidade. Repete os termos defensivos anteriores a respeito da aplicação da Portaria nº 114/2004. Diz que deve ser descaracterizado o Auto de Infração e desconstituído o débito lançado a título de multa e de juros, com fundamento no artigo 100 do CTN. Volta a falar na chancela fiscal, repetindo argumentações anteriores.

Conclui pedindo o cancelamento do Auto de Infração e que, se expedido novo Auto de Infração, com a exclusão de juros e multa, requer a concessão de novo prazo de defesa de trinta dias.

O autuado acosta, às fls. 614 e 615, cópia de Ementa e Acórdão proferido por Tribunal Superior em processo movido contra o Estado do Rio de Janeiro.

O autuante presta nova informação fiscal às fls. 617 a 619 relatando os termos da autuação, das duas impugnações e da diligência solicitada por esta 3ª JJF, e argumentando que a informação fiscal esclarece que segundo o parágrafo único da cláusula quinta do Convênio ICMS nº 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria. Que, no caso, o regime aplicável é o de medicamentos, Convênio ICMS nº 76/94, que estabelece, na cláusula primeira, que o estabelecimento importador ou industrial fabricante é que é o sujeito passivo por substituição tributária. Que isto significa que o disposto no inciso II da cláusula quinta do referido Convênio, em que a substituição tributária não se aplica às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, somente é aplicável quando o remetente for fabricante ou importador. Que assim, no caso presente, recai unicamente sobre o remetente a obrigação de fazer a retenção tributária por força da cláusula segunda do Convênio de Normas Gerais, que afirma que nas operações interestaduais fica atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente. Que, entretanto, como a defesa afirmara que o imposto fora recolhido pela filial destinatária, foi solicitado pedido de diligência fiscal para que o autuado comprovasse o recolhimento do imposto efetuado pela filial destinatária referente ao valor reclamado da remetente localizada em Pernambuco, para que não houvesse cobrança em duplicidade.

Que na diligência fora solicitado, dentre outras informações, que fosse verificado se todo o imposto objeto do lançamento de ofício fora pago pela destinatária. Encaminhado o pedido à destinatária, esta não se manifestou quanto à comprovação do recolhimento, nem quanto ao pedido para apresentação do Registro de Apuração do ICMS, conforme correspondência recebida do autuado em resposta às intimações à fl. 516 do PAF. Que, neste caso, devem ser considerados os comprovantes de pagamentos constantes no banco de dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para os meses autuados (outubro, novembro e dezembro).

O preposto do Fisco repete a tabela apresentada na informação fiscal anterior e assinala que se trata de quadro comparativo entre os valores declarados como devidos pela filial Feira de Santana, sob o código de receita 1145 – ICMS ANTEC TRIB PRODUTOS ANEXO 88 RICMS, os efetivamente recolhidos conforme DAES disponibilizados pela Sefaz e os valores reclamados no auto de infração. Repete que o valor referente a dezembro/2006 foi recolhido apenas

parcialmente, em 26/02/2007, e não houve mais recolhimento referente a esse mês. Diz que em tal momento ficara então esclarecido que nem todo valor de imposto devido pela filial Feira de Santana, dentre ele incluindo-se o referente à transferência recebida da filial ora autuada, de Pernambuco, havia sido recolhido. Que assim, considerando-se que a responsabilidade pelo recolhimento é do remetente, como explanado às fls. 486 e 487 do PAF, comprova-se que o ICMS devido por substituição reclamado através do Auto de Infração 206833.0002/09-0 não fora recolhido pela filial de Feira de Santana como afirma o autuado, não havendo assim a existência do alegado “bis in idem”.

O autuante aduz que na segunda defesa apresentada o contribuinte afirmara que existe uma ressalva na cláusula primeira no Convênio ICMS nº 81/93, de Normas Gerais, que remete à cláusula décima quarta, onde menciona que os convênios ou protocolos poderão estabelecer normas específicas ou complementares, que seria este o caso da Portaria nº 114 e que, portanto, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto reclamado seria da filial destinatária, que é signatária da referida Portaria nº 114. Que, assim, a autuação violaria o artigo 100 do CTN, que no inciso I menciona que os atos administrativos expedidos pelas autoridades administrativas são normas complementares das leis e decretos. Que o autuado assinala também que existe incoerência do artigo 1º, §1º, inciso I, do RICMS/BA, em relação a decisões do STJ, e que a operação efetuada foi o simples deslocamento de mercadoria de sua filial de Pernambuco para outra sediada na Bahia e que, segundo decisão do STJ, isto não constitui fato gerador do ICMS. Que o sujeito passivo reafirma que quando a mercadoria entrou na Bahia foi conferida por agente fiscal que “chancelou as Notas Fiscais, pois se existisse uma cobrança futura a referida chancela não teria serventia.”.

O autuante expõe que no Parecer Final emitido pela SEFAZ/BA, deferindo o pedido de credenciamento para recolher imposto antecipado parcial, e total, na forma da Portaria nº 114/2004, é mencionado, no penúltimo parágrafo, que havendo acordo interestadual e sendo o Estado do remetente da mercadoria signatário, este prevalecerá sobre a legislação interna, inclusive sobre a Portaria nº 114/2004, devendo, nestes casos, o imposto ser retido ou pago através de GNRE pelo remetente da mercadoria, não surtindo efeito, portanto, a credencial concedida. Que, assim, conforme o acordo firmado com o , a responsabilidade pela retenção do imposto é do estabelecimento remetente da mercadoria, conforme explicado na informação fiscal às fls. 486 e 487.

Afirma que o imposto não foi reclamado com base na ocorrência do fato gerador, mas sim antes da sua ocorrência, com base em convênio assinado entre os Estados de Pernambuco e Bahia, Convênio ICMS nº 76/94, que acordaram que o imposto deveria ser retido e recolhido pelo, no caso, remetente “relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.” E que a celebração desse Convênio tem respaldo no artigo 9º da Lei Complementar 87 e no CTN, artigos 102 e 199, que copia. Que assim a decisão do STJ não se aplica ao caso em análise.

Conclui expondo que tendo em vista a falta de comprovação de recolhimento do imposto pela filial de Feira de Santana, fica comprovada a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição pelo autuado, localizado no Estado de Pernambuco, remetente dos produtos listados no Convênio ICMS nº 76/94.

Submetido a análise em pauta suplementar, foi o processo encaminhado para julgamento.

VOTO

Preliminarmente, verifico que embora no Auto de Infração em lide esteja imputado ao sujeito passivo, localizado no Estado de Pernambuco, a falta de retenção e o conseqüente recolhimento de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente a operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, o preposto do Fisco afirma, na informação fiscal às fls. 484 a 489, que a autuação refere-se a operações de

vendas e a operações de transferências e, às fls. 509 e 510 dos autos, explicita, em atendimento a Diligência solicitada por esta 3ª Junta, que todas as operações objeto da ação fiscal são, na realidade, operações de transferências realizadas entre uma filial atacadista de Pernambuco e uma filial atacadista da Bahia, e não operações de vendas.

Assim, o objeto do levantamento fiscal realizado diverge do teor a imputação. Uma vez que a verificação fiscal deu-se de fato sobre transferências, e não sobre vendas, operações estas que se encontram mencionadas no campo “Infração” como objeto do lançamento de ofício, tal contradição macula de vício insanável a ação fiscal.

Observe, ainda, que tratando-se de operações de transferências de medicamentos de uso humano, promovidas por filial atacadista localizada no Estado de Pernambuco, para filial atacadista localizada na Bahia, ambos Estado signatários do Convênio ICMS nº 76/94, e também obrigados aos termos do Convênio ICMS nº 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, as operações estão sob a égide do quanto determinam o mencionado Convênio ICMS nº 81/93, o Convênio ICMS nº 76/94, e o artigo 355, inciso I, do RICMS/BA, a seguir transcritos:

Convênio ICMS nº 81/93:

Cláusula quinta. A substituição tributária não se aplica:

I - às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria.

II - às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

Parágrafo único. Sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria. (Acrescido o Parágrafo único à cláusula quinta pelo Convênio ICMS nº 114/03, efeitos a partir de 01.01.04.). (grifos nossos)

E determina o Convênio ICMS nº 76/94, que Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos:

Convênio ICMS nº 76/94:

Cláusula primeira. Nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

(...)

§2º. É vedado ao estabelecimento importador ou industrial fabricante promover saída dos produtos indicados nesta cláusula para destinatário revendedor sem a correspondente retenção do imposto. (grifos nossos)

Prevê o RICMS/BA, em seu artigo 355, inciso I:

RICMS/BA:

art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas

arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

1 - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte; (grifos nossos)

Assim, tratando-se de operações de transferências entre filiais atacadistas, na situação em lide é o destinatário, localizado neste Estado, e não o autuado, remetente e filial atacadista de Pernambuco, o responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, o que caracteriza a ilegitimidade passiva no presente lançamento de ofício, pelo que é nula a imputação também por este motivo.

Por tudo quanto exposto é nulo o Auto de Infração, nos termos do artigo 18, inciso IV, alíneas “a” e “b”, do RPAF/99.

Quanto ao pedido do contribuinte para que receba as comunicações relativas ao processo no endereço que indica, inexistente óbice ao atendimento deste pleito pela repartição fazendária competente, desde que respeitado o teor do artigo 108 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Contudo, diante do fato de que a filial atacadista localizada neste estado não comprovou, ao Fisco, o cumprimento da obrigação tributária cujos fatos geradores foram objeto do levantamento fiscal realizado, represento à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido da realização de nova ação fiscal, a salvo de incorreções, para averiguar a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias acessórias e principal em relação às operações descritas no levantamento fiscal objeto do presente processo administrativo fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206833.0002/09-0**, lavrado contra **AUDIFAR COMERCIAL LTDA**.

Representa-se à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido da realização de nova ação fiscal, a salvo de incorreções, para averiguar a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias acessórias e principal em relação às operações descritas no levantamento fiscal objeto do presente processo administrativo fiscal.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 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 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR