

A. I. N° - 232400.0001/16-0
AUTUADO - **DISTRIBUIDORA LUNAR LTDA.**
AUTUANTES - **NILCEIA DE CASTRO LINO, SUELY CRISTINA T. MUNIZ RIBEIRO e JORGE CALMON M. DE BITTENCOURT FILHO**
ORIGEM - **IFEP COMÉRCIO**
PUBLICAÇÃO- **INTERNET 02.12.2016**

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0205-02/16

EMENTA: **ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. MERCADORIAS RELACIONADAS NO CONVÊNIO ICMS 76/94. a) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. b) RETENÇÃO A MENOR.** Comprovado que as mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/03/2016, para constituir crédito tributário no valor histórico de R\$34.636,52, em razão de:

Infração 01 – 08.15.01 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor histórico: R\$5.697,64.

Infração 02 – 08.15.02 – Proceder a retenção a menor do ICMS, 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. Valor histórico: R\$28.938,88.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 65 a 70, inicialmente transcreve as imputações e aduz que o auto de infração não merece subsistir em virtude de vícios de ordem legal que acabam por cercear o amplo direito de defesa da Autuada, conforme passa a demonstrar.

Alega ausência de citação de dispositivo legal que atribua ao autuado a condição de substituta tributária - violação do princípio da legalidade – cerceamento de defesa - nulidade do auto de infração.

Salienta que os dispositivos legais citados no auto de infração, não se verifica a existência de uma norma jurídica em que se atribua ao autuado a condição de substituta tributária, de modo que o Auto de Infração é absolutamente nulo.

Destaca que o enquadramento legal é condição de validade do auto de infração, sem o qual a defesa do autuado resta prejudicada.

Frisa que o autuante apontou como afrontados as cláusulas primeira, segunda, terceira e quarta do Convênio ICMS 76/94, as quais transcreve.

Destaca que da análise das cláusulas citadas, não consta qualquer dispositivo legal que atribua à Autuada (distribuidora de medicamentos), a condição de substituta tributária, impondo-lhe a obrigatoriedade de reter antecipadamente o ICMS em operações internas no Estado da Bahia. Pelo contrário, a cláusula primeira, de forma imperativa, atribui a condição de sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, nas operações com os produtos discriminados no anexo único do Convênio 76/94 (medicamentos), *ao estabelecimento importador ou industrial fabricante.*

Ressalta que a ausência de indicação de dispositivo legal imputando ao autuado a condição de substituto tributária, acaba por afrontar o princípio da legalidade estrita e cerceia seu amplo direito de defesa, tornando, por conseguinte, nulo o lançamento fiscal, citando doutrinadores sobre o tema.

Argumenta que o princípio da legalidade no Direito Tributário significa que o contribuinte só pode se ver obrigado ao pagamento do tributo se a cobrança estiver respaldada em lei, em sentido estrito, ou seja, aquela emanada do Poder Legislativo. Só a lei pode instituir o tributo e obrigar o contribuinte ao pagamento do mesmo.

Sustenta que o artigo 97 do CTN consta que via de regra, somente a lei (em sentido estrito) pode estabelecer a instituição de tributos ou a sua extinção; a majoração de tributos ou a sua redução; a definição do fato gerador da obrigação tributária principal e do seu sujeito passivo; sendo que com relação ao ICMS existe apenas a possibilidade de fixação das alíquotas mínimas e máxima do imposto por parte de resolução do Senado Federal.

Conclui que, pelo exposto, nulo é o auto de infração, por não indicar qual o dispositivo legal que tenha atribuído ao autuado a condição de substituta tributária, impondo-lhe a obrigação de reter e repassar o ICMS ao Estado da Bahia, violando o princípio da legalidade estrita, que por conseguinte, atinge o amplo direito de defesa da Autuada e o devido processo legal.

Ao final, requer seja julgado procedente a impugnação e via de consequência insubsistente o auto de infração em virtude do vício apontado na presente impugnação.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, fls. 81 a 84, preliminarmente, fazem um resumo da defesa e depois contestam os argumentos defensivos.

Aduz que o autuado contesta a obrigação de fazer a retenção e o recolhimento do ICMS ST sob o argumento de que é empresa distribuidora de medicamentos e que o Convênio 76/94 determina claramente as pessoas jurídicas que poderão ser sujeito passivo por substituição, o qual prevê como substitutos tributários o estabelecimento importador e o industrial fabricante, ressaltam que o Auto de Infração foi lavrado seguindo as normas do Convênio ICMS Nº 76/94, que se submete às normas gerais estabelecidas no Convênio ICMS nº 81/93 e da legislação do Estado da Bahia: Lei nº 7.014/1996 e RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97.

Destaca que a Cláusula segunda do Convênio nº 81/93 determina que *"Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída 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."*

Registram que não há conflitos entre os dois convênios, o ICMS 81/93 e o ICMS 76/94, mas complementação. O Convênio 76/94, ao atribuir ao estabelecimento importador ou industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS ST, não o faz de forma restritiva ou exclusiva, nem se sobrepõe ao Convênio 81/93.

Ao final, entendem que estão devidamente caracterizados os elementos que ensejaram a pertinente ação fiscal, em face de evasão de impostos devidos ao Estado da Bahia, na forma da legislação em vigor. E pelos motivos aduzidos, ratificam a autuação enquanto, simultaneamente, solicita o julgamento PROCEDENTE do Auto de Infração em lide.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 02 (duas) infrações. Na primeira infração é imputado ao sujeito passivo ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Por sua vez, na segunda infração é imputado a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, também na

qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Em sua defesa o sujeito passivo apresentou um único argumento para duas infrações, qual seja, arguiu nulidade por entender que os autuantes não citaram dispositivo legal que atribua ao autuado a condição de substituta tributária, violado o princípio da legalidade, resultando no cerceamento de defesa.

Não existindo nenhum questionamento em relação aos números dos levantamentos fiscais e nem nos valores consignados no Auto de Infração.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizado pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

Além do mais, observo que o autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contêm todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais.

Devo destacar que nos demonstrativos constam diversos dados das notas fiscais, entre eles as datas, os números, séries e, tendo juntado cópias das notas fiscais que embasaram os levantamentos fiscais, possibilitando conhecer todos os elementos necessários à compreensão de cada documento fiscal objeto das infrações imputadas.

Não resta dúvida que o Auto de Infração foi lavrado com base no Convênio ICMS 76/94, o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, bem como o Convênio ICMS 81/93 de 15.09.93, 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, dispõe em sua Cláusula Segunda que: *"Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída à 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."*

Portanto, as operações interestaduais, de forma geral, cujas mercadorias possuam Convênio ou Protocolo fica atribuída ao remetente a responsabilidade retenção e recolhimento do imposto na condição de substituto tributário, observando as situações em que não se dever adotar tal regime, previstos nos próprios acordos ou no Convenio ICMS 81/93.

Assim, é cristalino que não há conflitos entre os dois convênios, o ICMS 81/93 e o ICMS 76/94, mas complementação. O Convênio 76/94, ao atribuir ao estabelecimento importador ou industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS ST, não o faz de forma restritiva ou exclusiva, nem se sobrepõe ao Convênio 81/93.

Diante do exposto, não resta dúvida quanto a responsabilidade do contribuinte autuado, devidamente inscrição no Cadastro de Contribuinte da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, na condição de Contribuinte Substituto, de efetuar a retenção e recolhimento do ICMS devido, antecipação tributária sobre os produtos arrolados no presente Auto de infração é do autuado, sendo correto o procedimento fiscal.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232400.0001/16-0**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA LUNAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$34.636,52**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$28.938,88 e 150% sobre R\$5.697,64, previstas no art. 42, II, “e” e V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2016.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR