

PROCESSO - A. I. Nº 213080.1035/16-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - EMS S/A. (GRUPO EMS SIGMAPHARMA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 3ª JFJ nº 0031-03/17
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0282-12/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADO NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovado nos autos que o destinatário das mercadorias possui Termo de Acordo que o habilita ao regime especial de tributação previsto no Decreto 11.872/09, sendo, portanto, o responsável pelo recolhimento do imposto nos termos do referido Acordo. Exigência insubsistente quanto ao remetente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 3ª JFJ, através do Acórdão nº 0031-03/17, por ter desonerado o sujeito passivo do débito lhe imputado no Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir o ICMS de R\$76.886,94, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de retenção e conseqüente recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Consta da descrição dos fatos que foi abordado no Posto Fiscal Honorato Viana, o veículo de Placa Policial CUD-5010, conduzido pelo motorista Adilson Bento Ravazi, transportando mercadorias da empresa EMS S/A, onde se constatou a falta de recolhimento do ICMS substituição tributária referente aos DANFs - 825159, 825160, 825368, 825369 e 825367. Verificou-se que o contribuinte deveria apresentar o recolhimento antecipado, por possuir Inscrição de Substituto no Estado da Bahia, Insc. 038.438.329, que se encontrava baixada. O contribuinte foi intimado no próprio Termo de Ocorrência para apresentar o recolhimento. Como não atendeu a intimação e não consta no sistema da SEFAZ qualquer pagamento, foi lavrado o presente Auto de Infração. Enquadramento: art.10 da Lei 7014/96, Clausulas 1ª, 2ª e 3ª do Convenio ICMS 76/94. Multa - art. 42, II, alínea "e" da Lei 7014/96.

A Decisão de piso considerou Improcedente o Auto de Infração diante das seguintes considerações:

VOTO

Consta da acusação fiscal que se trata de lançamento tributário referente falta de retenção e conseqüente recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, referente aos DANFs - 825159, 825160, 825368, 825369 e 825367.

O autuado alegou que a empresa Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz LTDA., CNPJ 61.940.292/0055-20, inscrição estadual 74.535.578, destinatária das mercadorias, objeto dos DANFes em questão, é a responsável pelo tributo aqui exigido. Afirmou que a referida empresa possui Termo de Acordo (Regime Especial) com o Estado da Bahia, tornando-se o contribuinte substituto tributário nas operações a ela destinadas neste Estado. Acrescentou que esta empresa comprovou o pagamento do imposto incidente sobre os aludidos DANFs e anexou o comprovante de pagamento fls. 76/77.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, constato que, de fato, assiste razão ao autuado. A empresa Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda., destinatária das mercadorias conforme DANFes acostados

às fls. 7/11, possui Termo de Acordo firmado junto a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, encontrando-se habilitada ao Regime Especial de tributação previsto no Decreto 11.872/09, conforme Parecer 24179/2009, documento fl. 79.

Neste caso, a citada empresa é a responsável como substituto tributário e contra ela deveria ser realizado o lançamento se constatada alguma irregularidade fiscal. Vejo que a empresa destinatária das mercadorias acostou aos autos documento de arrecadação onde disse comprovar a regularidade do pagamento aqui exigido, mas não disponibilizou a relação dos documentos fiscais a que se referem tais recolhimentos. No entanto, como o Auto de Infração foi lavrado contra a empresa EMS S.A. emitente das notas fiscais em comento, pessoa distinta da legalmente responsável pelo recolhimento do imposto em obediência ao Termo de Acordo firmado Pela própria SEFAZ, a infração não tem como subsistir.

Recomendo à autoridade competente, a realização de novo procedimento fiscal livre da falha aqui apontada, para verificar junto ao destinatário das mercadorias, se o imposto aqui apurado foi de fato recolhido conforme alegado.

Ante ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Por fim, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado ao julgar improcedente o Auto de Infração, no qual se exige-se do remetente (EMS S/A), localizado no Estado de São Paulo, o ICMS em razão da falta de retenção e consequente recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes aos DANFE nºs: 825159, 825160, 825368, 825369 e 825367, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz LTDA).

Há de registrar que o Convênio ICMS 76/94, o qual os Estados da Bahia e São Paulo são signatários, dispõe sobre a substituição tributária nas operações com medicamentos e, nos termos do art. 10 da Lei 7.014/96, “*Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas*”. Assim, por força do citado Convênio ICMS 76/94, o estabelecimento autuado, situado no Estado de São Paulo, em princípio, é o sujeito passivo responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST da presente relação jurídica tributária nas operações com medicamentos destinadas aos contribuintes situados na Bahia.

Em suas razões de defesa o sujeito passivo alega que a empresa destinatária das mercadorias é a responsável pelo tributo exigido, por possuir Termo de Acordo (Regime Especial) com o Estado da Bahia, tornando-se o contribuinte substituto tributário nas operações a ela destinadas neste Estado e que esta empresa comprovou o pagamento do imposto incidente sobre os aludidos DANFE (fls. 76/77).

Em que pese restar comprovado, à fl. 79 dos autos, que a empresa destinatária das mercadorias era detentora do regime especial de tributação, há de se ressaltar que, nos termos do art. 2º do Decreto nº 11.872/09, para haver o deslocamento da reponsabilidade do recolhimento do imposto do remetente para o destinatário da mercadoria *não basta que este seja detentor do regime especial de tributação*, faz-se necessário que haja, também, previsão em acordo interestadual entre os Estados envolvidos na operação para o deslocamento da responsabilidade tributária, conforme a seguir transcrito:

Art. 2º - Havendo previsão em acordo interestadual para deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário da mercadoria detentor de regime especial de tributação, o remetente ficará dispensado da retenção do imposto nas remessas para os signatários do termo de acordo previsto neste Decreto.

Assim, comprovado existir o aludido acordo entre os Estados da Bahia e São Paulo, conforme Protocolo ICMS 105/09, no qual dispõe na sua cláusula segunda, inciso IV, que não se aplica ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS “*às operações interestaduais*

destinadas a contribuinte detentor de regime especial de tributação que lhe atribua a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária pelas saídas de mercadorias que promover”, só nos resta acolher a Decisão recorrida pela improcedência da exigência ao remetente, localizado no Estado de São Paulo, pois a empresa destinatária, a qual se encontrava à época dos fatos geradores habilitada ao Regime Especial de tributação previsto no Decreto nº 11.872/09, é a responsável como substituto tributário.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **213080.1035/16-2**, lavrado contra **EMS S/A. (GRUPO EMS SIGMAPHARMA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR