

A. I. N° - 124274.0006/03-0
AUTUADO - N.J.A. SOUZA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - VICENTE AUGUSTO FONTES SANTOS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 05.11.03

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0430-03/03

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 20/08/03, para exigir o ICMS no valor de R\$410.153,21, acrescido da multa de 60%, em decorrência do recolhimento a menos do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88.

O autuado apresentou defesa (fls. 1002 a 1004), suscitando a nulidade do Auto de Infração porque possui “uma grande irregularidade”, qual seja, não sabe em que o autuante se baseou para exigir o ICMS, tendo em vista que todas as notas fiscais de aquisições de medicamentos do período apurado foram extraviadas, no momento em que eram enviadas a outro contador, conforme a Queixa Policial em poder da Fiscalização. Por essa razão, aduz que desconhece totalmente os documentos fiscais em que se baseou o preposto fiscal e afirma que as compras que os geraram nunca foram efetuadas por seu estabelecimento.

Prossegue dizendo que, mesmo que tivesse realizado as aquisições mencionadas, o imposto já estaria devidamente quitado, pois, até meados de 2002, “todas as distribuidoras de medicamentos na Bahia estavam privilegiadas por Regime Especial em razão de Lei que concedia a empresa do ramo o benefício de recolherem o imposto devido a posteriori e não por antecipação, os quais encontram-se pagos, ou, se ainda existem débitos os mesmos estão sendo negociados”.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 1009), esclarece que o presente Auto de Infração foi lavrado em razão de o contribuinte ter calculado e pago a menos o ICMS, por antecipação tributária, nas aquisições de produtos farmacêuticos oriundos de Estados que denunciaram o Convênio ICMS nº 76/94, conforme os demonstrativos e as notas fiscais coletadas pelo CFAMT, os quais estão acostados ao PAF.

Acrescenta que, segundo informação do autuado, todos os seus livros e documentos foram roubados às vésperas de ser intimado, “embora quando visitado por esta fiscalização, no momento da intimação, tal fato não foi informado e, em seguida, o contribuinte encerrou as suas

atividades, fechando as portas, de modo a impedir o procedimento fiscal, tanto que, em seguida, foi a empresa intimada através de edital, anexo”.

Prossegue dizendo que, embora o autuado alegue que o roubo ocorreu porque mudou de contador, permanece até hoje, no cadastro da SEFAZ, o mesmo profissional de contabilidade.

Aduz que, inobstante as alegações defensivas, a infração está comprovada, isto é, o sujeito passivo recolheu o imposto em desacordo com a Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, que prevê que a base de cálculo deve ser o valor correspondente ao preço constante de tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor, e, na falta deste, o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Ressalta que todas as provas do ilícito tributário estão juntadas aos autos, quais sejam: notas fiscais de compras, extratos de recolhimento do ICMS e o demonstrativo de apuração do imposto devido.

Finaliza dizendo que o contribuinte não apresentou nenhuma prova documental que evidenciasse que não adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas no PAF e pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, haja vista que o presente Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades previstas na legislação, não existindo nenhum erro de forma que pudesse ocasionar a sua nulidade, a teor do artigo 18, do RPAF/99. Ademais, o lançamento encontra-se embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 14 a 118), bem como nos documentos fiscais de aquisições de mercadorias realizadas pelo autuado, acostados às fls. 161 a 995 dos autos.

No mérito, constata-se que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que foi recolhido a menos, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (produtos farmacêuticos) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88.

O contribuinte impugnou a autuação alegando que não adquiriu as mercadorias constantes dos documentos fiscais relacionados no demonstrativo de fls. 14 a 118 e acostados ao PAF (fls. 161 a 995), não obstante o fato de constar, como destinatário, nas referidas notas fiscais.

Em situações análogas, este CONSEF tem reiteradamente decidido que as notas fiscais emitidas em nome de qualquer contribuinte são prova bastante da realização de operações de circulação de mercadorias, cabendo ao destinatário nelas constante a prova de que não adquiriu tais mercadorias, o que não foi feito, no presente caso, uma vez que o autuado se limitou a alegações genéricas sem fundamentos em provas documentais. Segundo o artigo 143, do RPAF/99 “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Da análise dos elementos juntados aos autos, constata-se que as mercadorias foram remetidas por empresas situadas nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Goiás, unidades da Federação não mais signatárias do Convênio ICMS nº 76/94, que trata do regime da substituição tributária nas operações interestaduais de produtos farmacêuticos.

Em sendo assim, de acordo com o artigo 371 do RICMS/97, “nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a

retenção do imposto, (...) o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação...”.

Por outro lado, o pagamento do imposto, acorde a alínea “c” do inciso II do art. 125 do mesmo RICMS/97, deve ser feito no momento da entrada no território deste Estado, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, em se tratando de situações excepcionais, restritas a determinadas mercadorias eleitas por ato específico do Secretário da Fazenda, cujas operações sejam sujeitas à substituição tributária, por antecipação pela legislação estadual interna.

Em 23/06/93, foi publicada a Portaria nº 270/93, a qual sofreu alterações posteriores, que estabeleceu a obrigatoriedade de antecipação do pagamento do imposto, na primeira repartição fazendária do percurso, pelos contribuintes adquirentes em outras unidades da Federação, de determinadas mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e relacionadas na Portaria, exceto quando fosse concedido Regime Especial para pagamento do ICMS em data posterior.

Dessa forma, conclui-se que o autuado (o destinatário) efetivamente estava obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, a este Estado, nas operações de aquisição das mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas neste lançamento.

Quanto à forma de apuração da base de cálculo do imposto estadual, o RICMS/97, no inciso I do § 2º do artigo 61, determina que:

Art. 61. (omissis)

§ 2º Para efeitos de substituição ou antecipação tributária, nas operações com os produtos a seguir indicados, a determinação da base de cálculo será feita segundo os seguintes critérios:

I - produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados no item 13 do inciso II do art. 353, em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS nº 4/95, inclusive quanto à redução da base de cálculo para fins de substituição tributária, em 10%, não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7%.

Por sua vez, o Convênio ICMS nº 76/94 e suas alterações posteriores determinam que:

Cláusula segunda A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

§ 1º - Inexistindo o valor de que trata o "caput", a base de cálculo será obtida tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou frete até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de:

(...)

§ 4º - A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento).

Verifica-se, da análise dos autos, que o autuante utilizou a fórmula prevista no *caput* da Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94, em relação aos produtos com preços publicados na Revista ABCFARMA ou outra similar, e o cálculo estabelecido no § 1º da Cláusula segunda, do mesmo Convênio, para aqueles medicamentos sem preços de venda a consumidor constantes em publicações do gênero. Em ambos os casos, foi aplicado o redutor de 10% determinado no § 4º da mencionada Cláusula segunda e, finalmente, apurado um débito superior àquele indicado nos extratos de recolhimento feitos pelo autuado e constantes nos arquivos da SEFAZ, anexados às fls. 119 a 145, conforme o demonstrativo de fls. 14 a 118.

Sendo assim, entendo que o valor de débito ora exigido, além de não ter sido especificamente impugnado pelo autuado, foi calculado de acordo com a legislação em vigor e a jurisprudência deste CONSEF, devendo, portanto, ser acatado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 124274.0006/03-0**, lavrado contra **N.J.A. SOUZA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$410.153,21**, sendo R\$100.499,33, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$309.653,88, acrescido de idêntica multa, prevista no inciso II, “d” da citada lei e artigo e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO- JULGADORA