

A. I. N.º - 191828.0009/06-8
AUTUADO - SG DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
AUTUANTE - HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA
ORIGEM - INFAZ/VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 14.11.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0357-01/06

EMENTA: ICMS. 1. 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, cabe ao destinatário efetuar o recolhimento quando da sua entrada no território deste Estado. **Infração comprovada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS E/OU BENS. a) USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Infração caracterizada. **b) ATIVO IMOBILIZADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Infração subsistente. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 11/09/06, exige ICMS no valor de R\$115.463,39, acrescido da multa de 60%, além de multa percentual no valor de R\$1.528,22 imputando ao autuado o cometimento das seguintes infrações:

1 - Efetuou o recolhimento do ICMS a menos por antecipação, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, outubro e novembro de 2003, janeiro, fevereiro, abril e setembro de 2004. Consta que foram utilizadas como fontes no cálculo da referida base de cálculo: Tabela ABCFARMA - fornecida pela SEFAZ/SAT/DPF/GERSU; Lista de Preço Máximo a Consumidor da Agência Nacional de Vigilância Sanitária -ANVISA (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED; Suplemento Lista de Preços (parte integrante da Revista Guia da Farmácia). Total da Infração: R\$115.208,00. Multa aplicada: 60%.

2 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de fevereiro de 2003. Consta se tratar de diferença de alíquota relacionada com o bem adquirido através da Nota Fiscal nº.208.945, de 04/02/2003, no valor total de R\$976,28, emitida por Martins Comércio e Serviços de Distribuição S.A., conforme demonstrativo e cópia da nota fiscal, anexos (fls.534 a 535). Total da Infração: R\$97,64. Multa aplicada: 60%.

3 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de agosto de 2003 e dezembro de 2004. Consta se tratar de diferença de alíquota vinculada com a aquisição de material para uso e/ou consumo do próprio estabelecimento constantes das Notas Fiscais nº.s 84.695, de 29/08/2003, no valor de R\$2.050,00 e 98.555, de 27/12/2004, no valor de R\$1.105,00, emitidas por Centauro –Gráfica e Editora Ltda, conforme demonstrativo e cópias das notas fiscais, anexos (fls.536 a 538). Total da Infração:R\$157,75. Multa aplicada: 60%.

4 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro e setembro de 2003 e dezembro de 2004.Total da Infração:R\$143,53. Multa aplicada:1% do valor comercial da mercadoria não registrada.

5- Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, outubro de 2003 e setembro de 2004. Total da Infração: R\$1.384,69. Multa aplicada 10% do valor comercial das mercadorias não registradas.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.554/556) reportando-se apenas à Infração 01 dizendo que a diferença levantada pelo autuante está fundamentada no Convênio 76/94 que, entretanto, na Cláusula primeira atribui a responsabilidade ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, sendo que no inciso III, estabelece que o estabelecimento varejista está obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS, caso receba os produtos indicados no referido convênio sem a retenção, não sendo o seu caso que se trata de estabelecimento comercial atacadista.Afirma que não há como se aplicar a legislação para uma empresa que não está obrigada, havendo uma lacuna na legislação, sendo, portanto, indevida toda e qualquer exigência de ICMS por substituição tributária na forma prevista nesta legislação.

Assevera que ficou prejudicado em sua defesa por ter o autuante mencionado anexo na fl. 538, enquanto somente recebeu 37 folhas, requerendo desde já a cópia de toda peça que faz parte do Auto de Infração, com a reabertura do prazo de defesa.

Conclui pedindo pela improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal apresentada (fls.559/561) o autuante afirma que o autuado silencia quanto às Infrações 02, 03, 04 e 05, caracterizando o reconhecimento do cometimento das irregularidades apontadas. Sustenta que não houve cerceamento de defesa, pois, o contribuinte recebeu cópias de todos os demonstrativos indicados no Auto de Infração.Acrescenta que não sabe o motivo pelo qual o autuado cita a fl.538, tendo em vista que a indicação da referida folha no corpo do Auto de Infração foi feita no sentido de facilitar a localização dos demonstrativos e cópias das notas fiscais relacionadas com a Infração 03 - aquisição de material para uso e/ou consumo do próprio estabelecimento - que não foi objeto de impugnação.Diz que o número de folhas informado pelo autuado não coincide com a dos autos porque a diferença se refere às cópias das notas fiscais de entradas que serviram de base para o cálculo da antecipação tributária, cujas originais estão em poder do autuado. Enfatiza que seria contraproducente fornecer ao autuado cópia de documentos cujos originais foram exibidos por ele próprio, e que lhe foram regularmente devolvidos na mesma data de ciência do Auto de Infração.

No mérito, sustenta que o autuado adquiriu medicamentos em outras unidades da Federação não signatárias do Convênio 76/94, e como é um estabelecimento atacadista tem a responsabilidade pela antecipação do ICMS na condição de sujeito passivo por substituição, conforme preceitua o artigo 371, c/c o art. 353, inciso II, item 13, do RICMS/97. Acrescenta que, em observância ao artigo 125, alínea “i”, c/c §1º, do mesmo diploma regulamentar, não foram consideradas as notas fiscais

emitidas por contribuintes estabelecidos em Estados signatários do Convênio 76/94, descaracterizando o autuado da responsabilidade supletiva nele prevista.

Enfatiza que na peça defensiva o autuado se limita a tentar convencer os julgadores de que não está obrigado a efetuar a antecipação por ser atacadista. Esclarece que existem diversos autos de infração lavrados contra o autuado pelo mesmo motivo do presente auto de infração.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Inicialmente verifico que o autuado pede a reabertura do prazo de defesa, sob a alegação de que teria sido prejudicado em seu direito, por ter o autuante mencionado “anexo na fl. 538”, enquanto somente recebera 37 folhas. Entendo que tal pretensão não pode prosperar, pois, constato que à fl. 550, consta o recebimento pelo contribuinte de todos os demonstrativos relativos às infrações apontadas no Auto de Infração. À fl. 538, consta a 3ª via da Nota Fiscal nº. 0098555, que se refere ao demonstrativo relativo à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias para uso e/ou consumo. Conforme se verifica na Intimação acostada aos autos, as notas fiscais juntadas pelo autuante foram arrecadadas junto ao próprio autuado. Rejeito o pedido de reabertura de prazo formulado pelo autuado, considerando não ter ocorrido cerceamento ao seu direito de ampla defesa.

Do exame das peças processuais constato que o autuado na peça defensiva ataca exclusivamente a Infração 01, permitindo-me inferir que reconhece como verídicos os fatos apontados nas Infrações 02, 03, 04 e 05, consoante estabelece o artigo 142 do RPAF/99, valendo registrar que as provas acostadas aos autos apontam o acerto da ação fiscal, relativamente aos itens não impugnados.

No que concerne à Infração 01, o contribuinte alega que não está obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS exigido no presente Auto de Infração, considerando que tal exigência alcança o estabelecimento importador ou industrial fabricante, e o estabelecimento varejista, caso este receba as mercadorias indicadas no Convênio 76/94 sem a retenção do ICMS, não sendo o seu caso que é um estabelecimento comercial atacadista.

Efetivamente, entendo que incorre em equívoco o autuado, quando manifesta tal entendimento, pois, ao adquirir medicamentos – mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, conforme artigo 353, inciso II, item 13, do RICMS/97 – em Estado não signatário do Convênio 76/94, obrigatoriamente terá que antecipar o ICMS, consoante estabelece o artigo 371, do mesmo diploma regulamentar acima referido, que dispõe “in verbis”:

Art. 371. 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, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequêntes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Registre-se que as hipóteses do artigo 355 ressalvadas no dispositivo regulamentar acima transcrito, não têm aplicação ao caso sob exame – considerando que o autuado não é estabelecimento filial atacadista de indústria - inexistindo dúvida, que na condição de destinatário da mercadoria assume a condição de responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequêntes.

Verifico que o autuante apurou corretamente a base de cálculo do imposto para fins de antecipação tributária, consoante estabelece o artigo 61, inciso I, do RICMS/97. Mantido integralmente este item da autuação.

Voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **191828.0009/06-8**, lavrado contra **SG DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$115.463,39**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “a”, “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multa percentual no valor de **R\$1.528,22**, prevista nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos legais, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR