

PROCESSO - A. I. Nº 284119.0016/06-9
RECORRENTE - FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA. (REMÉDIO BARATO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0034-02/07
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 05/07/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0213-11/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS). FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada através de documentos fiscais colhidos oficialmente junto ao emitente. Responsabilidade passiva do autuado pela antecipação do imposto, por se tratar de fornecedor localizado em unidade da Federação não signatária do Convênio 76/94. Aplicação da multa legalmente prevista ao fato. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 2ª JJF – Acórdão JJF nº 0034-02/07, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$ 28.970,55, na qualidade de sujeito passivo por substituição, pelas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, inerentes aos meses de março e abril de 2005.

Na Decisão recorrida foi ressaltado que a legislação, nos artigos 370 a 379 do RICMS, prevê a antecipação do imposto neste caso.

Destaca que teria razão o autuado, ao alegar que a responsabilidade pelo imposto seria do seu fornecedor, se houvesse convênio ou protocolo interestadual prevendo a responsabilidade do remetente.

Aduz que se trata de operações com medicamentos, cujo remetente é estabelecido em Minas Gerais, Estado que se retirou do Convênio ICMS 76/94, o qual trata da substituição tributária nas operações interestaduais com produtos farmacêuticos da linha humana, conforme Despacho COTEPE nº. 5/01.

Assim, conclui a JJF que não havendo convênio ou protocolo com o Estado de Minas Gerais, não há como, juridicamente, ser atribuída a responsabilidade pelo imposto ao remetente, em face do princípio da territorialidade da legislação estadual.

Quanto ao fato de as provas serem constituídas de cópias reprográficas não autenticadas, entendem os membros da JJF que isso não constitui irregularidade, pois está demonstrado nos autos que as provas foram obtidas pelas vias oficiais, sendo, portanto, legítimas.

Com relação à aplicação da taxa SELIC, sustentam não ser razoável discutir essa questão no âmbito administrativo, visto que este órgão julgador não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade do direito posto.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o recorrente apresentou no prazo legal o Recurso Voluntário, onde aduz que a responsabilidade pela antecipação do ICMS incidente sobre as operações subsequentes é do próprio fabricante, nos termos do “art.” (cláusula) 1º do Convênio ICMS 76/94, com alterações introduzidas pelo Convênio ICMS 147/02, o qual estabelece

que cabe ao fabricante de medicamentos a retenção do ICMS por antecipação destinado aos seus distribuidores-atacadistas e comerciantes-varejistas.

Salienta que, em relação aos comerciantes-varejistas, o Convênio ICMS 76/94 estabeleceu disciplina especial, ou seja, ao receber os medicamentos, por qualquer motivo, sem a retenção prevista, fica obrigado a efetuar o recolhimento do imposto incidente sobre sua própria operação no prazo estabelecido pela legislação estadual (art. 372, III, do RICMS).

Em seguida, ressalta que, no caso em tela, o contribuinte realizava a compra junto às distribuidoras de produtos farmacêuticos, comerciantes-atacadistas, localizadas em Salvador e Feira de Santana, configurando-se, desta forma, a realização de aquisição interna de mercadoria, não se enquadrando à hipótese de antecipação tributária obrigatória quando da aquisição de mercadorias originárias de outros estados da Federação.

Sustenta o recorrente que essas distribuidoras, localizadas no Estado da Bahia, ao receberem as mercadorias vindas de fabricantes situados em outros estados da Federação, na hipótese da antecipação não ter sido realizada pelo fabricante, estão obrigados a realizar o recolhimento, por antecipação, do ICMS incidente sobre as operações de vendas futuras, a serem realizadas pelos empresários farmacêuticos.

Aduz que tais atacadistas localizados no Estado da Bahia não registram as mercadorias recebidas de fabricantes, repassando-as diretamente para os empresários farmacêuticos e, com isso, furtando-se a sua responsabilidade tributária.

Defende que a obrigação tributária decorre do fato gerador, que é uma situação concreta, determinada, prevista na lei, não existindo fato gerador decorrente de indícios, presunções, mas tão somente de situações reais e concretas. Assim, depreende que a responsabilidade do recolhimento do ICMS é da própria Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, que deveria recolher o ICMS antecipado, incidente sobre as operações posteriores do contribuinte-recorrente.

Por fim, não obstante o amparo legal, alega ser confiscatória a multa aplicada de 60% sobre o valor do imposto, do que entende desrespeitar o art. 150, IV, da Constituição Federal. Cita jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Requer que seja o Auto de Infração julgado improcedente e, na hipótese de não ser atendido, que seja a multa aplicada, em face de seu evidente aspecto confiscatório, reduzida para o percentual de 30%, conforme entendimento fixado pelo STF e STJ, do que requer a produção de todos os meios de prova, bem como a remessa do PAF a ASTEC para elaboração de Parecer.

Em seu Parecer, às fls. 284 a 286 dos autos, a PGE/PROFIS opina pela não provimento do Recurso Voluntário, porquanto o autuado repete *ipisi literis* um único argumento de sua defesa, ou seja, ratifica o pedido de nulidade da autuação, pelo fato pueril de não se considerar substituto tributário, não obstante as robustas provas apresentadas pelo autuante que demonstram de forma clara a existência de uma operação interestadual.

Entretanto, aduz o representante da PGE/PROFIS que o recorrente introduziu três novos argumentos (da inoccorrência de substituição tributária sobre os produtos, ou seja, da existência de convênio entre Bahia e Minas Gerais, além de inconstitucionalidade deste regime especial de tributação e, ainda, da vedação de multa confiscatória), que não poderão ser avaliados em virtude da ocorrência de preclusão temporal.

Em seguida, ressalta que as notas fiscais foram emitidas por empresa localizada no Estado de Minas Gerais diretamente para o autuado, em cujos documentos fiscais não se demonstra o destaque do imposto por antecipação.

VOTO

Inicialmente rejeito o pedido do recorrente para converter o Processo Administrativo Fiscal em diligência para a ASTEC, por considerar desnecessária, em razão das provas constantes dos autos.

Quanto ao mérito, da análise das razões do Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, constato que as mesmas são incapazes de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, senão vejamos:

1. Na impugnação e no Recurso Voluntário o sujeito passivo alega que a responsabilidade pelo imposto seria do seu fornecedor. Contudo, ao cotejar as cópias das notas fiscais acostados aos autos, às fls. 70 a 151, observo que se trata de operação interestadual, cujo emitente é estabelecido no Estado de Minas Gerais, membro da Federação que, à época da ação fiscal, não era mais signatário do Convênio ICMS 76/94, o qual atribuía a responsabilidade ao remetente, uma vez que denunciou ao aludido Convênio, conforme Despacho COTEPE nº. 05/01.
2. Nesta condição, não havendo convênio ou protocolo com o Estado de Minas Gerais, a responsabilidade pela antecipação tributária passa a ser do adquirente, localizado no Estado da Bahia, em face do princípio da territorialidade da legislação estadual, consoante previsto no art. 371 do RICMS, o qual estabelece *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.

3. Quanto à multa de 60% do valor do imposto, apenas cumpre-me aplicá-la, em razão da sua previsão legal, ao caso concreto.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **284119.0016/06-9**, lavrado contra **FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA. (REMÉDIO BARATO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.970,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. PGE/PROFIS