

PROCESSO - A. I. Nº 269102.0007/06-2
RECORRENTE - MARIA ELENA TEIXEIRA ROCHA (MAXI MED)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0094-02/07
ORIGEM - INFAC GUANAMBI
INTERNET - 19/07/2007

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0249-12/07**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. A regra do art. 355 do RICMS/BA, somente se aplica quando as mercadorias têm as destinações especificadas em seus incisos. No caso destes autos, consta que o autuado, além de adquirir medicamentos destinados a hospitais, casas de saúde, clínicas e órgãos públicos, também adquire mercadorias para revenda a farmácias. Sendo assim, o autuado deve adequar-se à sistemática prevista no § 6º do art. 359 do RICMS. Não acatadas as preliminares suscitadas. Negado o pedido de perícia. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Demonstrado que parte das entradas não registradas se refere a operações cuja fase de tributação se encontrava encerrada. Retificadas as multas, reduzindo-se os respectivos valores. Afastadas as preliminares de nulidade suscitadas Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração é composto por seis itens, contudo são objetos do presente Recurso apenas os seguintes itens:

2. recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 69 e 88” [leia-se: mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária], sendo lançado imposto no valor de R\$23.569,58, com multa de 60%;
3. falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 69 e 88” [leia-se: mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária], sendo lançado imposto no valor de R\$116.013,11, com multa de 60%;
6. entrada, no estabelecimento, de mercadoria sujeitas a tributação [pelo ICMS] sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de R\$21.358,21, equivalente a 10% sobre o valor das entradas não escrituradas.

O autuado apresentou defesa e, referindo-se aos itens 2 e 3, suscitou a nulidade do lançamento por falta de elementos suficientes para se determinar as infrações e por ilegitimidade passiva.

No mérito, quanto aos itens 2 e 3, alegou que muitas das mercadorias arroladas na autuação eram destinadas a hospitais, clínicas e órgãos públicos, estando, portanto, encerrada a fase de tributação dessas mercadorias. Pediu a realização de perícia. Quanto ao item 6º, afirmou que a maioria das notas fiscais estava escriturada, bem como disse que o percentual correto da multa aplicada era de 1%.

Na informação fiscal, o autuante manteve a ação fiscal.

O processo convertido em diligência, para que o autuante acostasse aos autos cópia da revista utilizada na apuração dos preços dos medicamentos arrolados na autuação. A diligência foi atendida e, em seguida, foi reaberto o prazo de defesa.

Em novo pronunciamento, o autuado repetiu as suas alegações expeditas na defesa.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator afastou a preliminar de nulidade por falta de elementos para se determinar as infrações, alegando que o documento que faltava – a cópia da revista utilizada na obtenção dos preços dos medicamentos arrolados na autuação – foi trazido aos autos mediante diligência determinada pela 2ª JJF.

A preliminar referente à ilegitimidade passiva foi afastada, pois as aquisições arroladas nos itens 2 e 3 eram provenientes de estados não signatários do Convênio ICMS 76/94 e, portanto, cabia ao autuado o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária.

A solicitação de perícia foi indeferida, uma vez que os autos demonstravam que o autuado também efetuava vendas para farmácias.

No mérito, os itens 2 e 3 foram julgados procedentes, tendo o ilustre relator da Decisão recorrida fundamentado o seu voto no argumento de que “*o autuado, além de adquirir medicamentos destinados a hospitais, casas de saúde, clínicas e órgãos públicos, também adquire mercadorias para revenda a farmácias*”. Em seguida, o relator ressaltou que o autuado deveria se adequar ao previsto no § 6º do art. 359 do RICMS, para recuperar o imposto retido a mais.

O item 6 foi julgado procedente em parte, pois a primeira instância reconheceu que doze notas fiscais arroladas pelo autuante eram referentes a medicamentos e, nessa situação, deveria ter sido aplicada a multa de 1%, conforme alegou o autuado. Ao proferir o seu voto, o próprio relator elaborou demonstrativo, onde retificou o percentual de multa cabível.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão recorrido merece ser reformado, pois foi exarado sem a observância dos princípios basilares do direito, tais como o da estrita legalidade, do tratamento favorável às pequenas e médias empresas e da verdade material.

Após descrever a acusação contida no item 3 do lançamento e transcrever o disposto no artigo 355, incisos IV e VII, do RICMS-BA, o recorrente ressalta que os medicamentos comercializados se destinaram a hospitais, a clínicas e a órgãos públicos, todos consumidores finais, conforme comprovam as cópias das notas fiscais em anexo. Diz que, desse modo, não é devido o recolhimento do ICMS referente à etapa de circulação de mercadoria subsequente.

O recorrente diz que, das entradas de medicamentos, deveriam ser excluídas as compras realizadas junto a empresas localizadas em estados signatários do Convênio ICMS 76/94. Do remanescente, deveriam ser deduzidos os medicamentos que permaneceram em estoques e, em seguida, excluídas as vendas efetuadas para hospitais, clínicas, casas de saúde, ambulatórios e órgãos públicos, pois nestes casos a fase de tributação do ICMS já se encontrava encerrada.

Após discorrer acerca do princípio da estrita legalidade tributária, o recorrente afirma que esse princípio não foi observado pelo autuante, pois foi cobrado imposto sem considerar a sua condição de microempresa, o que equivale a um desenquadramento arbitrário do regime do SimBahia, contrariando a jurisprudência deste CONSEF.

Sustenta que, ao desconsiderar o art. 355, IV e VII, e aplicar o art. 359, § 6º, tudo do RICMS-BA, a 2ª JJF mudou o fulcro da autuação, acarretando a nulidade do lançamento por cerceamento de

defesa. Aduz que as vendas realizadas para hospitais, clínicas e órgãos públicos são efetuadas por meio de licitação. Transcreve ementa de Decisão deste CONSEF.

Diz que não lhe foi dispensado um tratamento favorável na condição de empresa de pequeno porte, pois a exigência fiscal está pautada nos seguintes erros: não observância do princípio da verdade material, na falta de motivação na rejeição das nulidades arguidas, na não observância do princípio da estrita legalidade, na mudança do fulcro da autuação, no indeferimento da diligência solicitada, nas poucas vendas para farmácias. Transcreve ementas de decisões deste CONSEF.

Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja declarado nulo ou improcedente, no que se refere aos itens 2, 3 e 6.

Em Parecer às fls. 2111 a 2113, a ilustre representante da PGE/ROFIS afirma que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, estando acompanhado de papéis de trabalho que elucidam as infrações imputadas, assim como essas estão devidamente tipificadas. Diz que o recorrente compreendeu as infrações e delas se defendeu sem dificuldades.

No mérito, afirma a ilustre parecerista que medicamentos estão sujeitos ao regime de substituição tributária e, quando são provenientes de estados não signatários do Convênio ICMS 76/94, o imposto deve ser recolhido por substituição tributária, com base em um fato gerador que presumidamente ocorrerá.

Explica que o disposto no art. 353, IV e VII, do RICMS-BA, não se aplica ao caso em tela, pois as aquisições listadas no lançamento não se destinavam a hospitais, a clínicas e a órgãos públicos e, portanto, era devida a antecipação tributária. Aduz que, quanto às operações destinadas posteriormente a clínicas, a hospitais e órgãos públicos, poderá o recorrente requer a recuperação do imposto pago, nos termos do art. 359, § 6º, do RICMS-BA.

Ao finalizar, a ilustre procuradora opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No Recurso Voluntário, o recorrente alega que as preliminares suscitadas na defesa foram rejeitadas sem a devida motivação. Todavia, uma análise do voto proferido pelo ilustre relator da Decisão recorrida mostra que essa alegação recursal não procede, pois todas as preliminares arguidas na defesa foram enfrentadas, uma a uma, com a devida fundamentação.

O único vício existente no processo restringia-se à ausência nos autos de cópia da revista utilizada pelo autuante para obter os preços dos medicamentos listados na autuação. Contudo, esse vício foi saneado mediante diligência, com a posterior reabertura do prazo de defesa. Dessa forma, o processo está acompanhado de todos os documentos e demonstrativos necessários à determinação da infração, do infrator e do montante devido.

Quanto à alegada ilegitimidade passiva, não há como prosperar a alegação do recorrente, pois as mercadorias arroladas na autuação são provenientes de estados que denunciaram o Convênio ICMS 76/94, a exemplo dos Estados de São Paulo, Goiás, Minas Gerais, Rio Grande do Norte, dentre outros. Dessa forma, nas operações arroladas nos itens 2 e 3 do lançamento, o recorrente assumia a condição de sujeito passivo por substituição.

Quanto à alegada inobservância de princípios de direito tributário, entendo que também não há como prosperar as alegações recursais, pois o lançamento e a Decisão recorrida estão de acordo com os princípios citados pelo recorrido. O princípio da verdade material foi observado, tendo a primeira instância convertido o processo em diligência, para trazer ao processo elemento probante capaz de respaldar a autuação. A perícia solicitada foi indeferida com a devida fundamentação, pois entendeu a primeira instância que os elementos existentes nos autos eram suficientes para o deslinde das questões. O procedimento fiscal e a Decisão recorrida estão em conformidade com a legislação tributária aplicável a cada caso. Não houve a alegada mudança do fulcro da autuação, uma vez que 2ª JJF apenas afirmou que o autuado, ora recorrente, poderia

solicitar o ressarcimento do imposto recolhido a mais, conforme previsto no § 6º do art. 359 do RICMS-BA. Quanto ao tratamento mais favorável às empresas de pequeno porte, ressalto que a legislação do ICMS (art. 391-A, do RICMS-BA) não desobriga essas empresas do pagamento do imposto devido por substituição tributária.

Pelo acima exposto e comungando com o opinativo da PGE/PROFIS, afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, pois não há no processo qualquer vício capaz de macular de nulidade o procedimento fiscal ou a Decisão recorrida.

No mérito, passo a apreciar os itens 2 e 3 do Auto de Infração em conjunto, tendo em vista que os mesmos tratam da mesma matéria, isso é, do recolhimento a menos e da falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária nas aquisições interestaduais de medicamentos.

As mercadorias arroladas nos itens 2 e 3 (medicamentos) estão enquadradas no regime de substituição tributária pela legislação interna do ICMS (art. 353, II, “13”, do RICMS-BA). O exame das notas fiscais acostadas ao processo pelo autuante comprova que as mercadorias em questão são procedentes de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94. Nessa situação, por força do disposto no art. 371 do RIMCS-BA, o recorrente estava obrigado ao recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, na condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às mercadorias (medicamentos) adquiridas em unidades da Federação não signatárias do referido Convênio, ressalvadas as hipóteses do art. 355.

O recorrente alega que estaria amparado pelas exceções previstas nos incisos IV e VII do artigo 353 do RICMS-BA. Todavia, essa alegação carece de sustentação, pois as mercadorias foram adquiridas pelo recorrente e, só posteriormente, foram destinadas a clínicas, hospitais, ambulatórios e órgãos públicos. As notas fiscais acostadas ao processo comprovam, de forma incontestável, que as mercadorias eram destinadas ao recorrente. Dessa forma, as exceções previstas nos incisos IV e VII do art. 353 do RICMS-BA não excluem do regime de substituição tributária as operações arroladas na autuação. Também ressalto que não há amparo legal para que as mercadorias existentes em estoques sejam deduzidas do cálculo do ICMS que está sendo cobrado.

O fato de o recorrente estar enquadrado no regime do SimBahia não o desobriga do recolhimento do imposto devido por substituição tributária, conforme previsto no artigo 391-A do RICMS-BA. Não houve, portanto, o alegado desenquadramento do regime do SimBahia.

Pelo acima exposto, a Decisão proferida pela primeira instância foi acertada e, em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDEENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269102.0007/06-2, lavrado contra MARIA ELENA TEIXEIRA ROCHA (MAXI MED), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$141.559,43, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 139.734,01 e 70% sobre R\$1.825,42, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$18.975,36, previstas nos incisos IX e XI do art. 42 da supracitada lei, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALLI BAHIA – REPR. PGE/PROFIS