

PROCESSO - A. I. Nº 232953.0069/06-5
RECORRENTE - FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA. (REMÉDIO BARATO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0069-04/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11/09/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0283-11/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS). FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Responsabilidade passiva do autuado pela antecipação do imposto, na condição de adquirente de medicamentos a estabelecimento localizado no Estado de São Paulo, por se tratar de unidade da Federação não signatária do Convênio 76/94. Contudo, quanto aos medicamentos oriundos do Estado de Sergipe, é ilegítima a exigência do ICMS por antecipação ao destinatário das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, por força do Convênio ICMS 76/94 e sucedâneos, uma vez que tal responsabilidade tributária é atribuída ao remetente dos medicamentos, por se tratar de unidade da Federação signatária do referido Convênio. Representação à autoridade competente, nos termos do art. 156 do RPAF/BA, para que seja *instaurado novo procedimento fiscal* exigindo o crédito tributário do sujeito substituto. Infração parcialmente procedente. Aplicação da multa legalmente prevista ao fato. Rejeitado o pedido de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 4ª JJF – Acórdão JJF nº 0069-04/07, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$65.539,46, na qualidade de sujeito passivo por substituição, pelas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, inerentes aos meses de janeiro, fevereiro, março e junho de 2004.

Na Decisão recorrida foi ressaltado que a infração encontra fundamento no artigo 371 do RICMS, uma vez que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas 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.

Salienta que a planilha, de fls. 07 a 10, discrimina as notas fiscais, a base de cálculo e a MVA aplicada (42,85%), bem como o crédito fiscal, resultando no ICMS antecipado exigido, nos meses de janeiro, fevereiro, março e junho de 2004. Observa que nas cópias das notas fiscais, de fls. 11 a 296, não há o destaque do ICMS por substituição tributária, o que indica que os produtos foram

adquiridos de fornecedores comerciais, estabelecidos em outras unidades da Federação, sem o pagamento antecipado do imposto. Assim, conclui a JJF que a infração encontra-se devidamente caracterizada.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o recorrente apresentou no prazo legal o Recurso Voluntário, onde requer a improcedência do Auto de Infração sob fundamento de 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 à ASTEC para elaboração de Parecer.

Em seu Parecer, às fls. 625 a 627 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, porquanto o autuado é sujeito passivo por substituição, sendo suas razões recursais incapazes de elidir a autuação. Observa que o cerne das razões recursais não versa sobre o imposto apurado, seja no que tange à base de cálculo ou à alíquota, mas sim sobre a sujeição passiva tributária.

Aduz que o art. 371 do RICMS/97, com redação dada pela Alteração nº 55, prevê para a hipótese vertente nos autos que 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.

Entende que o recorrente como adquirente das mercadorias neste Estado é o responsável tributário pelo recolhimento do imposto antecipado, mormente considerando-se que nos documentos fiscais que acompanham as mercadorias não fora destacado o ICMS por substituição tributária pelos fornecedores.

Por fim, entende ilegítima a alegação de caráter confiscatório da multa, vez que o valor da multa aplicada à infração está expressamente consignado no artigo 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

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 à multa de 60% do valor do imposto cumpre-me salientar que é a prevista legalmente ao caso concreto.

No mérito, apesar de no seu Recurso Voluntário se reportar ao fornecedor estranho à ação fiscal, no caso a empresa “Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A”, enquanto os documentos fiscais apensados aos autos se referem aos fornecedores “AUDIFAR COMERCIAL LTDA” e “ITA REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A”, consoante fls. 11 a 296, observo que o cerne das razões recursais se limita a questionar a sua sujeição passiva tributária, uma vez que depreende que a responsabilidade do recolhimento do ICMS é do próprio remetente dos produtos, que deveria recolher o ICMS antecipado, incidente sobre as operações posteriores do contribuinte, ora recorrente.

Neste contexto, quanto às operações realizadas com o fornecedor “AUDIFAR COMERCIAL LTDA”, concluo caber razão ao recorrente, uma vez que é pertinente a sua alegação de que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, é do remetente dos medicamentos, estabelecido no Estado de Sergipe, unidade da Federação signatária do Convênio ICMS 76/94, o qual está obrigado a proceder à substituição tributária na operação de vendas de medicamentos para outro Estado também signatário do referido Convênio.

Assim, a exigência do ICMS por antecipação tributária ao adquirente, ora autuado, se configura em ilegitimidade passiva, por força do Convênio ICMS 76/94, em relação às operações realizadas com tal fornecedor, inerentes aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2004, no montante de R\$58.107,49, sendo tal exigência NULA, quanto às operações relativas ao citado fornecedor, estabelecido no Estado de Sergipe, do que, desde já represento à autoridade competente, nos termos do art. 156 do RPAF/BA, para que seja *instaurado novo procedimento fiscal*, de forma que se providencie a exigência do crédito tributário junto à referida empresa, e, na sua impossibilidade, depois de esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente, deve-se atribuir a responsabilidade supletiva ao contribuinte substituído, mediante Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas na legislação.

No tocante às operações realizadas, em junho de 2004, com o fornecedor “ITA REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A”, localizado no Estado de São Paulo, por não haver convênio ou protocolo com a referida unidade da Federação, 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 subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Assim, é devido o ICMS por antecipação, no valor de R\$ 7.431,97, conforme demonstrado à fl. 10 e respaldado nos documentos acostados às fls. 261 a 295 dos autos.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL deste Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$7.431,97, relativo ao mês de junho de 2004.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232953.0069/06-5**, lavrado contra **FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA (REMÉDIO BARRATO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.431,97**, 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, 16 de agosto de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR DA PGE/PROFIS