

PROCESSO - A. I. N° 299166.0271/07-0
RECORRENTE - GEO-MED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAL HOSPITALAR LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0261-02/07
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 21/08/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0253-11/08

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. Aplicação da multa legalmente prevista ao fato. Rejeitado o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de presente Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª JJF – Acórdão JJF n° 0261-02/07, que julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$6.897,36, devido na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

A JJF, inicialmente, rejeitou a preliminar de nulidade da autuação, por considerar que foi observado o quanto disposto no art. 39, VII, do RPAF, que estabelece que o Auto de Infração conterá, entre outras indicações, a intimação para pagamento ou impugnação administrativa, no prazo de 30 dias, com a explicitação das situações em que o débito pode ser quitado com multa reduzida. Ressaltou que também não observa a presença de quaisquer dos vícios gizados no art. 18, do RPAF.

No mérito, consignou que as mercadorias objeto do auto (medicamentos) foram apreendidas no depósito da transportadora em Salvador, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e documentos n° 142710, folha 05, estando o emitente estabelecido no Estado de São Paulo, conforme Notas Fiscais n°s 249878 e 249879, folhas 08 e 09.

Com relação ao procedimento adotado pela autuante para apurar a base de cálculo do ICMS, entendeu ser o correto, ao fundamento de que se encontra amparado nas determinações do RICMS/97, em especial no inciso I do artigo 61, bem como o inciso I do § 2º, do mesmo artigo.

Esclareceu que, conforme o artigo 61, I, § 2º, I, do RICMS/97, para efeitos de antecipação tributária, nas operações com produtos farmacêuticos, a base de cálculo será apurada em consonância com o Convênio ICMS N° 76/94, cuja Cláusula Segunda determina a forma de apuração da base de cálculo.

Afirmou que, no presente PAF, restou comprovado a existência de preço máximo de venda a consumidor final indicado nas Notas Fiscais n°s 249878 e 249879, folhas 08 e 09, os quais foram utilizados na apuração da base de cálculo do ICMS devido, conforme memória de cálculo acostada à folha 11 dos autos, demonstrando o acerto do autuante, concluindo, ao final, pela procedência da autuação.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 47/57, suscitando preliminar de nulidade do Auto de Infração, por três fundamentos:

1. **Violação ao contraditório e à ampla defesa:** Discorre sobre esses princípios, invocando as normas a eles referentes constantes da Constituição Federal e do RPAF, bem como entendimento jurisprudencial emanado do Superior Tribunal de Justiça que consignam a necessidade de sua observância no âmbito administrativo. Define o contraditório como sendo “*a participação do administrado no processo com o ímpeto de influenciar ativamente a Decisão a ser proferida, juntando documentos e provas tendente a elidir e ilidir as argumentações da administração pública*” - sic. Transcreve doutrina de Odete Medauar sobre o tema e afirma: “*Ao que diz respeito à presente lide, cabe salientar que para o perfeito exercício do contraditório, é essencial que o interessado tenha acesso a todo o teor do processo, tanto os fatos, dados e argumentos, como os documentos que compõem o processo sendo ao administrado garantido, inclusive cópia destes documentos*” - sic. Prossegue, dando a definição acerca do princípio da ampla defesa proposta por Carvalho Filho e transcrevendo o dispositivo do RPAF que considera nulos os atos praticados com preterição ao direito de defesa. Ao final, conclui: “*Note-se, por fim, que, com a omissão já relatada, a Administração, além de contrariar normas ditadas na Constituição Federal, lei maior em nosso ordenamento jurídico, também deixou de observar o quanto previsto no RPAF*” - sic.
2. **Violação ao devido processo legal:** Transcreve o dispositivo constitucional que trata dessa garantia, afirmando que os atos administrativos devem observar critérios substanciais da norma, juntamente com os meios a reproduzir o quanto formalmente garantido. Afirma que: “*No caso em tela, a Administração Pública, ao deixar de conceder ao contribuinte o de forma clara quais os pontos infringidos, bem como observar a formalidade do ato administrativo (AI) feriu, frontalmente, o devido processo legal, tendo em vista que os processos administrativos fiscais podem claramente resultar em restrição de bens – o que resultou na nulidade de todos os atos posteriores, inclusive o Auto de Infração ora impugnado*” - sic.
3. **Violação à legalidade:** Discorre sobre esse limite objetivo, invocando os arts. 37, da Constituição federal, e 3º, do CTN, afirmando que as atividades administrativas, sem exceção, devem ser autorizadas por lei, sob pena de ilicitude. Diz que: “*No caso em tela, tendo restado demonstrada a ilicitude da conduta autoridade fiscalizadora – tendo em vista a desobediência do procedimento previsto no CTN e RPAF -, inequivoca a afronta ao princípio da legalidade, e, consequentemente, a nulidade do AI e do PAF*” - sic.

No mérito, pugna pela improcedência da autuação, aduzindo que “*nitidamente se percebe a nulidade de uma intimação inegável é o cumprimento desta. Por conseguinte, inaplicável se torna a multa; ainda mais quando evidente a inexistência, por parte do sujeito passivo, do intuito de inadimplir, face a inexistência de protocolo interestadual*” - sic.

Aduz que o dolo é parte integrante da infração, tornando necessária a sua presença na atuação do sujeito passivo. Afirma que o contribuinte declarou seus bens trazidos de outro Estado, sem omitir, subfaturar ou superfaturar, permitindo-se claramente a aferição do tributo. Assim, conclui que “*não houve intenção na conduta do contribuinte a intenção de dolo*” - sic.

Pede, ao final, a conversão do feito em diligência, “*para que seja comprovado todos os recolhimentos realizados anteriormente, obedecendo-se rotina anterior e inopinadamente, vê-se o recorrente surpreendida por norma nova (protocolo interestadual)*” - sic.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 68/69, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, esclarecendo que, nas operações interestaduais que envolvam produtos farmacêuticos, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção do imposto, conforme a cláusula primeira, do Convênio ICMS 76/94. Afirma que, se o remetente estiver em Estado não signatário do referido convênio, caberá ao adquirente o

recolhimento do tributo devido sobre a sua própria operação de saída, bem como aquele relativo às operações subseqüentes (art. 371, do RICMS).

Aduz que, na hipótese dos autos, os medicamentos recebidos pelo autuado foram remetidos por contribuinte situado no Estado de São Paulo, que denunciou o Convênio ICMS 76/94, razão pela qual cabia à autuada recolher o ICMS devido sob o regime de substituição tributária por antecipação, sobretudo porque não estava credenciada a fazer tal recolhimento em momento posterior.

Consigna que o autuado, no Recurso Voluntário, limita-se a fazer contestação genérica à autuação, sem apontar elementos que possam elidir a infração cometida.

Manifesta-se pelo indeferimento do pedido de diligência, ao argumento de que a matéria tratada nos autos é unicamente de direito.

VOTO

Como curial, o ordenamento jurídico vigente garante ao cidadão, nos processos administrativos e judiciais, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal), inclusive mediante a interposição de recursos dotados ou não de efeito suspensivo. Sabe-se, também, que tais garantias constitucionais não são ilimitadas e devem ser exercidas de acordo com regras formais e procedimentais previstas, explicita ou implicitamente, nas normas que compõem a legislação processual.

Dentre essas normas encontra-se o chamado princípio da dialeticidade e, ainda, o ônus da impugnação específica, que impõem aos administrados o dever de expor as suas razões de defesa e de Recurso Voluntário de forma clara e objetiva, delimitando o âmbito de discussão e expressando o provimento jurisdicional ou administrativo que pretende obter. É, portanto, ônus do cidadão demonstrar, de forma precisa, o seu inconformismo, sendo vedada, salvo raras exceções, a utilização de defesas genéricas.

In casu, da leitura do Recurso Voluntário sob exame, constata-se que as preliminares suscitadas pelo contribuinte são absolutamente genéricas, não tendo sido apontados, com a clareza que a dialeticidade processual exige, os vícios de que eventualmente padece o Auto de Infração ou a Decisão de Primeira Instância administrativa, o que dificulta sobremaneira o trabalho desta instância recursal.

Não obstante, verifica-se que as alegações do contribuinte não encontram respaldo nos autos. O presente Auto de Infração foi lavrado com estrita observância ao primado da legalidade, tendo sido garantido ao contribuinte o regular exercício do contraditório e a amplitude de defesa, tanto que já apresentou peça de defesa e Recurso Voluntário, demonstrando ter entendido perfeitamente a acusação fiscal e, ainda, ter tido pleno acesso aos documentos que instruem a autuação.

Assim, forçoso reconhecer que a atuação da Administração Pública, neste feito, pautou-se no devido processo legal, não estando o presente PAF eivado de quaisquer dos senões previstos no art. 18, do RPAF.

Com tais considerações, fica rejeitada a prefacial de nulidade da autuação.

No que concerne ao pedido de diligência formulado pelo contribuinte, é inegável a inutilidade da medida, primeiro porque o contribuinte não trouxe aos autos qualquer alegação que pudesse eximir-lo do pagamento do tributo exigido a depender de comprovação por conduto de prova técnica específica ou diligência por parte do Fisco. Ademais, os documentos comprobatórios do pagamento dos tributos em operações anteriores, além de não influenciar no julgamento deste PAF, deveriam ter sido coligidos aos autos pelo próprio contribuinte, a quem compete o ônus de demonstrar a veracidade de suas alegações.

Em segundo lugar, infere-se dos autos que a questão discutida é meramente de direito e encontram-se nos autos todos os elementos necessários à formação da convicção do Órgão Julgador.

Indefere-se, pois, o pedido de diligência.

No mérito, o recorrente não nega o cometimento da infração, apenas reitera a sua nulidade e afirmado que a multa é inaplicável ao caso concreto. A irresignação, entretanto, não pode ser acolhida.

De fato, não há como se insurgir contra a cobrança do tributo lançado na presente autuação, pois, consoante se dessume das notas fiscais de fls. 06/09, os medicamentos foram adquiridos pelo recorrente de empresas sediadas em São Paulo, Estado ao qual não se aplicam as normas do Convênio ICMS 76/94, *ex vi* do ato COTEPE-ICMS 15/97.

Ante a inexistência de convênio atribuindo ao remetente a responsabilidade tributária por substituição, aplica-se ao caso a norma contida no art. 371, do RICMS, *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 subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Assim, como o recorrente não está credenciada a efetuar o recolhimento do imposto em momento posterior, conclui-se que tinha o dever de comprovar o pagamento do imposto na primeira repartição fazendária da origem ou do percurso.

Firmada a legitimidade do lançamento quanto ao principal, dever ser mantida, também, a multa aplicada no percentual de 60%, porquanto está prevista no art. 42, II, d", da Lei nº 7.014/96. Esclareça-se que o pleito de cancelamento ou redução da multa aplicada deve ser formulado perante o Órgão administrativo competente e observadas as formalidades regulamentares, falecendo a esta Câmara competência para adotar tal providência ou mesmo apreciar a regularidade da pretensão (arts. 159 e 176, II, c, do RPAF).

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

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 299166.0271/07-0, lavrado contra **GEO-MED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAL HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$6.897,36, 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, 29 de julho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS