

PROCESSO - A. I. Nº 284119.0021/08-9
RECORRENTE - FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0171-04/09
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 15/12/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0344-11/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovado pelo contribuinte que as mercadorias foram adquiridas em fornecedor localizado no Estado da Bahia. Documentos acostados aos autos atestam que as aquisições foram feitas em empresas localizadas nos Estados de S. Paulo e Minas Gerais não signatários do Convênio ICMS 76/94. Assim, é devido o pagamento pelo adquirente do ICMS nas aquisições interestaduais de medicamentos sob o regime de substituição tributária. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Indeferido o pedido de diligência. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto à Decisão, relativa ao Auto de Infração em lide lavrado em 24/11/2008, acusando o autuado de não ter efetuado o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias – medicamentos - provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88. Valor R\$ 8.809,54 e multa de 60%.

A ilustre JJF adentrando às preliminares aventadas pelo sujeito passivo quanto à ilegitimidade passiva com consequente nulidade do lançamento de ofício (objeto do mérito), erro de direito por ofensa aos princípios da legalidade e motivação, entende que as mesmas não merecem amparo.

Alude restarem evidentes no presente processo os direitos que assistem ao contribuinte no âmbito tributário, com a dada atenção aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, por ter sido observado, no presente processo, o caráter processual da atividade tributária, disciplinada pelo art. 142, CTN, de forma que pode o contribuinte se beneficiar amplamente das garantias inerentes ao processo administrativo tributário, da forma como expressamente prevista no art. 5º, LV, CF/88. Frente à atual hipótese de conflito de interesses entre o fisco e o contribuinte, está sendo oferecida a oportunidade de sua manifestação, acerca dos fatos que se reportam ao lançamento tributário, apresentação de provas que suportem suas alegações, contrapor argumentos, enfim, influenciar na Decisão e no acerto do crédito tributário.

Com relação às provas em matéria tributária, dizem que o ônus da prova da acusação no processo fiscal não cabe ao contribuinte, mas à Fazenda Pública. E que não houve na presente lide qualquer inversão, uma vez carreados aos autos os documentos que objetivam provar a exigência fiscal.

Dizem os srs. Julgadores que o PAF está revestido de todas as formalidades necessárias, a autuação está plenamente fundamentada na Lei, em respeito ao princípio da Legalidade; a

motivação, obriga ao agente público indicar as premissas fáticas e do direito nas quais se apoia a sua autuação. A exposição do agente fiscal revela com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu a infração com a indicação de demonstrativos e documentos que acostou aos autos. Contrariamente aos argumentos defensivos, os elementos constantes dos autos demonstram a motivação da autuação, e o pedido do autuado não encontra amparo nas situações previstas no art. 18 do RPAF/BA.

Não vislumbram a necessidade do pedido de diligência, haja vista que os elementos constantes do PAF são suficientes para o seu deslinde; assim a indeferem, nos termos do art. 147, §2º, II, RPAF.

Ficam, portanto, preliminarmente rejeitadas as nulidades arguidas direta ou indiretamente.

A análise do mérito centra-se na alegação de que a ITA DISTRIBUIDORA e a PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A agiram com ardil, dado que as aquisições dos produtos ocorreram junto à distribuidora desses fornecedores localizada em Salvador, levando a entender que os produtos já se encontravam substituídos. Aduzem a não existência de prova qualquer do trânsito das mercadorias de São Paulo até Feira de Santana.

A informação fiscal afirma que o contribuinte adquiriu medicamentos em operações interestaduais de fornecedor localizado no Estado de São Paulo, ITA REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA; que obteve cópias das notas fiscais junto ao Fisco de São Paulo, juntadas ao processo, fls. 120/162, as quais não foram escrituradas no livro fiscal de Registro de Entradas, não recolhendo o ICMS antecipado por substituição tributária.

Observam os srs. Julgadores que os comprovantes de recebimento anexos às fls. 17 a 40 indicam intensa movimentação comercial entre o autuado e a ITA REPRESENTAÇÕES, tendo sido identificados alguns dentre as notas citadas no demonstrativo de fl. 69, que balizou o respectivo Auto de Infração.

Reproduzem o disposto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, que, com relação às operações com os produtos relacionados no Anexo Único (medicamentos), fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Firmam que o estabelecimento autuado adquiriu os produtos descritos no presente Auto de Infração no Estado de São Paulo, conforme provam as notas fiscais de fls. 120/162, este, não signatário do Convênio 76/94. De fato, o Ato COTEPE-ICMS 15/97 de 06.11.97 definiu que não se aplicam ao Estado de São Paulo as normas contidas no Convênio nº 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos.

E, seguem em seu julgamento, o art. 371, RICMS/BA, prevê 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, 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, nos prazos previstos no art. 125.

Em decorrência, tendo por base as cópias das notas fiscais acostadas aos autos, fls. 120/162, verifica a ilustre JJF tratar-se de operações com medicamentos, sendo remetente a ITA REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA unidade localizada no Estado de São Paulo, não signatário do Convênio ICMS 76/94, aplicando-se em consonância o dispositivo previsto no art. 125, II, “b” do RICMS/BA.

Aduzem descaber a alegação defensiva da aquisição interna dos produtos na ITA localizada no Estado da Bahia, caso em que o imposto deveria ser exigido desse estabelecimento. Os documentos fiscais acostados aos autos comprovam que os produtos se originam da ITA SÃO

PAULO – SP, visados, inclusive, por Auditores Fiscais encarregados de proceder às diligências em contribuintes substitutos tributários (fls. 15/16), restando caracterizada a exigência conforme contida na inicial.

Comentam os srs. Julgadores que considerações de natureza subjetiva, a exemplo de ardil do fornecedor, não cabem na aplicação das normas impositivas de obrigações tributárias, por não serem compostas por critérios de responsabilidade de ordem objetiva (Art. 136, CTN). No caso concreto, todas as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas pelas unidades da ITA localizada no Estado de São Paulo, o qual não aderiu ao Convênio ICMS 76/94.

Reproduzem o disposto no art. 61, § 2º, inciso I, RICMS/BA, que para fins de antecipação do ICMS na entrada de mercadoria no estabelecimento, nas operações com os produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados no item 13, II, art. 353, RICMS/BA, a base de cálculo será obtida em consonância com o Convênio ICMS 76/94, inclusive quanto à redução de 10% para fins de substituição tributária. Por sua vez, a Cláusula Segunda do mencionado Convênio determina que a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial (PMC). Na falta deste, toma-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente incluído o valor do IPI, frete e demais despesas e sobre este montante o percentual da margem de valor agregado – MVA.

Com referência a este tópico, verificaram que a redução da base de cálculo em comento foi efetivamente operada pelo fisco estadual em conformidade com o que estabelece a legislação vigente, inclusive contemplando a redução de 10% prevista na legislação, conforme demonstrativo de fls. 69 a 119.

Concluem os ilustres Julgadores, que restou comprovado o cometimento, por parte do autuado e na forma da acusação fiscal, da infração que lhe fora imputada, ou seja, deixou de recolher o ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, referente à aquisição de medicamentos provenientes de outra unidade da Federação pelo fato do Estado de São Paulo não manter convênio ou protocolo com o Estado da Bahia.

Julgam pela Procedência do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário apresentado por advogado preposto do recorrente, reprisa as alegações recepcionadas quando da defesa inicial, não apensando novos dados ou apresentando fatos que viessem a contribuir para um novo entendimento da questão ora posta.

Releva seu entendimento na existência de erro de direito e da ilegitimidade passiva, que acarretariam a nulidade da ação fiscal, por terem adquirido as mercadorias objetos da presente acusação de cometimento, dentro do Estado da Bahia.

Insistem que a autoridade fiscal lavrou o auto contra a empresa substituída, fundamentado na falsa indicação de origem da mercadoria ter sido de fora do Estado da Bahia.

Estariam ou foram vítimas de ardil utilizado pelas empresas Profarma e Ita Representações de Produtos Farmacêuticos Ltda., às quais incumbiria a responsabilidade pelo recolhimento da substituição tributária, mediante o qual subentenderam que as mercadorias já se encontravam substituídas.

Sustentam que as aquisições não aconteceram conforme acusado, e o ato só seria convalidado se os fatos tivessem ocorrido. A respeito, cita o renomado jurista Ives G. S. Martins, que o ônus da prova a partir do CTN é sempre e necessário de quem alega, seja, do sujeito ativo, único capaz a determinar a matéria tributável, intransferível ao sujeito passivo da respectiva obrigação.

Transcrevem julgados e citações e alongam-se na dissertação acerca da nulidade insanável do lançamento em vista do Erro de Direito, do Princípio da Motivação, de conformidade a entendimentos de ilustres juristas do Direito Tributário. Da mesma sorte, apresenta texto acerca

do Pedido de Perícia, aduzindo que, para a não concessão da mesma, o fisco deverá se manifestar de forma fundamentada pela autoridade administrativa judicante, quando deva recusar o exame pericial.

Requer o recorrente seja declarada Nula a ação fiscal, bem como deferida a diligência por fiscal estranho ao feito.

A PGE/PROFIS emite seu opinativo, exarado pela i. Procuradora Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, o qual se apoia na Decisão unânime da 4ª. JJF, que julgou procedente o Auto de Infração em comento.

Observa a ilustre procuradora que as razões recursais voltam a arguir as mesmas nulidades suscitadas na irresignação inicial, que a seu tempo, por conta do julgamento, foram corretamente afastadas pela ilustre JJF.

Das alegações levantadas pelo recorrente, não vê a ilustre procuradora a ocorrência de qualquer das nulidades elencadas no art. 18 do RPAF/99 capazes a inquinar o analisado lançamento tributário.

Observa inexistir controvérsia acerca da aquisição dos medicamentos fora deste Estado, frente ao que provam incontestes os documentos apensos às fls. 120 a 162 deste PAF.

A alegação de nulidade do procedimento fiscal por afronta ao princípio da legalidade e por suposta ausência de motivação do ato administrativo, aduz a ilustre procuradora que o procedimento acha-se lastrado na legislação tributária deste Estado, e corretamente motivado pelo agente fiscal autuante, com a descrição da infração, a elaboração de demonstrativos e juntada de documentos que robustecem a autuação.

Conclui que o Auto de Infração está a salvo de vícios, nada havendo capaz de macular o mesmo.

Com respeito ao pedido de diligência, a ilustre procuradora cita o poder discricionário da ilustre JJF, a qual conforme art. 147 do RPAF/99 poderá indeferir o mesmo quando os elementos constantes dos autos forem suficientes para a convicção do julgador, como ocorreu na questão em comento.

Aduz a ilustre procuradora que mesmo em grau de Recurso Voluntário, o recorrente apesar de requerer a perícia e a diligência, não logrou comprovar a necessidade das mesmas. Quanto ao mérito, não houve insurgência do recorrente, pelo que entende ser mantida a Decisão recorrida.

Nos termos do art. 119, § 1º do COTEB, opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Frente à suscitada nulidade do procedimento fiscal por afronta ao princípio da legalidade e por suposta ausência de motivação do ato administrativo, de conformidade à manifesta opinião da i. Procuradora da PGE/PROFIS, concordo com a mesma por verificar que o procedimento fiscal, acha-se lastrado na legislação tributária deste Estado, e corretamente motivado pelo agente autuante, o qual descreveu a infração, elaborou demonstrativos suficientes ao esclarecimento e promoveu a juntada de documentos que robustecem a autuação.

Assim, resta que o Auto de Infração está a salvo de vícios, nada havendo capaz de macular o mesmo.

Quanto ao pedido de Perícia ou diligência, resulta o poder discricionário da ilustre JJF, a qual conforme art. 147 do RPAF/99, poderá indeferir o mesmo quando os elementos constantes dos autos forem suficientes para a convicção do julgador, como ocorre na questão em comento.

Na análise do presente Auto de Infração, deparei com a não existência de contraditório quanto à recepção das mercadorias objeto desta infração, eis que a questão suscitada pelo recorrente deu-

se no entorno de “ardil utilizado pelas empresas Profarma e a Ita Representações de Produtos Farmacêuticos S/A, visando transferir ao recorrente a responsabilidade tributária por supostas aquisições não havidas, pois as compras se deram junto aos distribuidores desses fornecedores, localizados neste Estado”.

Do esforço fiscal, em conjunto empreitado pelos Estados da Bahia, de São Paulo e de Minas Gerais, resultaram apensos aos autos aproximadamente 250 comprovantes de recebimentos de mercadorias, todos pertinentes a fornecimentos efetuados ao recorrente, pela empresa Ita Representações de Produtos Farmacêuticos S/A.

Identifiquei dentre os diversos “canhotos”, (fls. 17 a 40), os que corresponderam ao recebimento das mercadorias, de conformidade às notas fiscais levantadas pelo agente fiscal, discriminadas que estão às fl. 69 dos autos.

O Demonstrativo de apuração do ICMS devido está colacionado à fls. 70 a 119, demonstrando itemizadamente os quantitativos por medicamento, pertinentes a cada nota fiscal em situação irregular, os preços médios ao consumidor (PMC), base de cálculo da ST, redução de 10% e o ICMS devido, cujo somatório corresponde ao valor da acusação fiscal compreendida neste Auto de Infração.

E essas citadas notas fiscais apresentam-se nos autos, na íntegra, em cópias autenticadas, às fls. 120 a 162, do exame das quais não permanece dúvida qualquer a respeito da tradição das mercadorias fornecidas pela empresa Ita Representações de Produtos Farmacêuticos S/A, diretamente ao recorrente, situado em São Gonçalo dos Campos, neste Estado.

Analisei também o Registro de Entradas apenso às fls. 41 a 68, observando a inexistência da escrituração das notas fiscais aludidas, as quais se constituem no móvel da acusação pelo não recolhimento da antecipação total.

Assim, não vejo prosperar a dúvida colocada pelo recorrente quanto à percepção das mercadorias em remessa, vindas de fora do Estado, com destaque para a cuidadosa elaboração fiscal dos papéis de trabalho, suficientes à conclusão do cometimento da infração imputada.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário em exame.

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 284119.0021/08-9, lavrado contra **FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 8.809,54**, 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, 26 de novembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR