

A. I. N° - 232856.0058/08-0
AUTUADO - ADILSON ALVES M. DE JEQUIÉ
AUTUANTE - FLÁVIO DO PRADO FRANCO JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 16.06.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0164-04/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94 pelas empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, nas aquisições interestaduais de medicamentos sob o regime de substituição tributária o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/08/2008, exige ICMS no montante de R\$ 28.982,53, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, em função da falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA. Está registrado no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS do Auto de Infração que o contribuinte adquiriu produtos farmacêuticos da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, oriundos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária, conforme relação de notas fiscais geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos – Convênio ICMS 57/95 – e cópias de notas fiscais anexadas.

O sujeito passivo impugna o lançamento às fls. 611 a 620, através de advogado regularmente constituído (instrumento de mandato à fl. 623). Alega que a Administração Pública feriu princípios constitucionais no que concerne à aplicação da multa estabelecida, tornando assim o valor exorbitante, não podendo ser honrado. Entende que a aplicação da mesma é ilegal e inconstitucional, pois escriturou devidamente as notas fiscais e não procedeu ao recolhimento do imposto por dificuldades financeiras.

Citando doutrina, legislação e jurisprudência, passa a discorrer sobre os princípios supostamente violados no Auto de Infração. Assevera que a Lei Estadual agride os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que a aplicação da multa de 60% sobre o valor tributável impossibilitará o pagamento. Disse ter escriturado as NFs, mas não ter recolhido o ICMS por dificuldades financeiras. Cita os princípios da tutela e da auto-tutela, através dos quais, a Administração Pública pode revisar os seus próprios atos ilegais ou inconstitucionais, independentemente de recursos às vias judiciais. Fundamentando-se em precedentes jurisprudenciais, afirma que a multa a ser aplicada também se submete ao princípio da vedação ao confisco, pois “a pena não deve ser igual ao gravame”. Pondera que o princípio da capacidade contributiva está previsto em nível constitucional (art. 145, § 1º, 1ª parte, CF). Segundo tal princípio os impostos, sempre que possível, deverão ser individualizados de acordo com a possibilidade contributiva do sujeito passivo, ou seja, a carga tributária se amoldará aos

rendimentos do contribuinte, respeitando as diferenças de riqueza entre a população. Diz que o lançamento é ato vinculado, sujeito ao controle de legalidade e constitucionalidade, tal qual qualquer ato administrativo, e que o CTN estabelece margem de dirigibilidade, pois permite a modificação do lançamento tributário em dadas situações.

Pede a anulação da multa e a reforma do Auto de Infração, nos moldes do art. 45 da Lei nº 7.014/96, à luz dos fundamentos de fato e de direito expostos, por entender que se a mesma for levada a efeito, inevitavelmente configurará um confisco ao seu patrimônio.

Na informação fiscal de fl. 628, o autuante diz que o sujeito passivo não contesta a falta de recolhimento do imposto devido por substituição tributária, protestando apenas a respeito da penalidade aplicada, sendo que suas alegações fogem à sua alçada de decisão. Mantém a autuação nos exatos termos iniciais e requer a total procedência do Auto de Infração.

VOTO

Não merecem amparo os argumentos trazidos pelo autuado de que houve violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco e da capacidade contributiva. Portanto, ficam preliminarmente rejeitadas as nulidades argüidas, uma vez que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. O PAF está revestido de todas as formalidades necessárias, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal. O autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e documentos acostados ao PAF, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico. Portanto, não cabe falar em poder de auto-tutela dos atos administrativos no presente caso.

A aplicação da multa de 60% encontra amparo no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96. Eventual argüição de inconstitucionalidade de tal norma, supostamente por violar princípios constitucionais, não pode ser apreciada por este Conselho, por falta de atribuição legal para tanto. Igualmente, o art. 45 da Lei nº 7.014/96, tomado pelo contribuinte para fundamentar pedido de anulação da mencionada multa, não guarda nenhuma relação com o assunto, mas de gradativa redução da mesma de acordo com a data do pagamento. O parágrafo 7º do art. 42 do RPAF/99 estabelece que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto. Portanto, uma vez que estamos a tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, e não acessória, esta Junta de Julgamento Fiscal também não possui atribuição legal para apreciar o pedido de seu cancelamento, o que poderá ser feito em sede de recurso voluntário, nos termos do parágrafo 8º do mesmo artigo.

No mérito, consoante o disposto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, nas 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 subseqüentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

O contribuinte, na sua defesa, admitiu ter escriturado as notas fiscais, mas não ter feito o recolhimento devido a dificuldades financeiras.

Conforme Despacho COTEPE nº 05 de 01/03/2001, o mencionado Convênio passou a não se aplicar ao Estado de Minas Gerais. Por sua vez, o Convênio 100/03 firmou a adesão de Minas Gerais ao Convênio 76/94, a partir de 01/01/04. Todavia, o Convênio 143, de 12/01/2003, adiou a inclusão para 01/08/04 e em seguida o Convênio 68, de 13/08/04, para 30/09/04. Finalmente, o Convênio 83/04

adiou a inclusão de MG para 01/01/2005. Através do Despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01/01/2005, o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS 76/94, ficando, portanto as empresas localizadas naquele Estado eximidas do cumprimento das regras contidas naquele Convênio.

Idêntico raciocínio é aplicável nas aquisições de medicamentos originários do Estado de São Paulo, pois o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01/11/1997, dispôs sobre a não aplicação a esta unidade federada das normas contidas no Convênio ICMS 76/94.

Desta forma, não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94 às empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, nas aquisições interestaduais de medicamentos sob o regime de substituição tributária, o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355 e nos prazos previstos no art. 125 do RICMS/BA.

Assim, tem fundamento jurídico a exigência tributária em tela, pois trata de aquisições de medicamentos originários dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, conforme cópias de notas fiscais às fls. 232 a 608, nas quais o destinatário tinha por obrigação efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação tributária, nos moldes dos supracitados artigos do RICMS/BA.

Em face dos elementos de fato e de direito que fazem parte deste PAF, concluo que foi correta a autuação. Infração caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232856.0058/08-0**, lavrado contra **ADILSON ALVES M. DE JEQUIÉ**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 28.982,53**, 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, 09 de junho de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR