

A. I. Nº - 284119.0023/08-1
AUTUADO - FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA
AUTUANTE - JURACI LEITE NEVES JÚNIOR
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 22.07.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0228-04/09

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 suscitada. Indeferido o pedido de diligência. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/11/2008, exige ICMS no montante de R\$ 21.674,07, 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 (medicamentos) provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA.

O sujeito passivo impugna o lançamento às fls. 183 a 206, através de advogado regularmente constituído (instrumento de mandato à fl. 207). Alega a nulidade do Auto de Infração em função de diversos fatores.

Primeiramente, citando dispositivos legais, jurisprudência e doutrina, afirma que o auditor assumiu que o ardil utilizado pelas empresas PROFARMA e ITA REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS FARMACÉUTICOS implicaria na sua responsabilidade, o que não procede, pois as aquisições se deram junto à distribuidora dos citados fornecedores localizada em Salvador, tendo o autuado subentendido que os produtos já se encontravam substituídos. Registra que, inclusive, em algumas notas fiscais consta a inscrição TRANSBORDO em Salvador, sem aposição de carimbo de postos fiscais. Já nos documentos fiscais da empresa ITA REPRESENTAÇÕES, apesar de não existir menção a transbordo, não há prova do trânsito das mercadorias entre São Paulo e Feira de Santana. Tais fatos demonstrariam que a operação ocorreu nos limites do Estado da Bahia. Pondera que o lançamento não demonstra com certeza a ocorrência do fato gerador do imposto e carece de provas que indiquem a aquisição interestadual, pois não há aposição de carimbos de postos fiscais, o que torna o ato administrativo viciado, pois a lei impõe a necessidade de enunciar corretamente as razões da imputação. O critério jurídico utilizado pelo Fisco está viciado, uma vez que contém erro de direito, já que não observou a legislação aplicável e a real situação fática. Argumenta que o mencionado erro de direito também agride o princípio da legalidade, pela inexistência de fundamento jurídico para dar embasamento legal ao procedimento. Espera que seja deferido pedido de diligência ou perícia fiscal, haja vista a manifesta nulidade da autuação, a fim de que demonstre os equívocos cometidos pelo autuante, tudo para que reste demonstrado que as mercadorias foram adquiridas e enviadas já

internalizadas no território baiano, quando já deveriam estar com a fase de tributação encerrada. Posteriormente, faz um arrazoado sobre a demonstração da finalidade da perícia, diligências e poder discricionário, das perícias sob a égide da Administração Tributária no direito brasileiro, conceituação de perícia, a perícia e a prova, bem como o pedido de perícia e a nulidade da decisão administrativa.

Por fim, requer o acolhimento da preliminar de nulidade, o deferimento da diligência por fiscal estranho ao feito e / ou a anulação do Auto de Infração.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 212 a 216. Diz que em procedimento de fiscalização fora detectado que o contribuinte adquiriu medicamentos em operações interestaduais de fornecedores localizados nos Estados de São Paulo e Minas Gerais. Narra que obteve cópias autenticadas das notas fiscais junto ao Fisco de São Paulo, que também foram enviadas para o autuado. No tocante aos documentos relativos às operações com o Estado de Minas Gerais, informa que foram obtidos “in loco” por prepostos do Fisco da Bahia, devidamente autorizados. Aduz que anexou aos autos cópias do livro de Registro de Entradas de Mercadorias, onde se constata que o contribuinte não lançou as notas fiscais, com o consequente não pagamento do imposto devido por substituição tributária. Cita a legislação que entende dar fundamento à exigência (arts. 371 e 373 do RICMS/BA, Cláusula 1ª do Convênio ICMS 76/94 e ATO COTEPE 15/97). Discorda das argüições de nulidade levantadas pelo sujeito passivo, pois o mesmo efetivamente conhecia a origem dos medicamentos e não existe falsa indicação de remetente, o que resta comprovado através das notas juntadas (fls. 133 a 179) e dos canhotos de recebimento, datados e assinados por preposto do autuado (fls. 64 a 87). Entende que a falta de carimbo nas notas fiscais nada prova a favor do contribuinte, e que o mesmo não apresentou qualquer comprovante de que as aquisições foram internas, ao passo que o Auto de Infração possui robustos elementos de prova da aquisição das mercadorias, descrevendo de forma precisa os fatos, sujeito passivo, base de cálculo, bem como valores e embasamento legal da infração apurada, que não pode ser elidida por meras digressões. Quanto à solicitação de diligência, alega que constitui mera protelação. Diz que os grandes grupos comerciais possuem documentos padronizados, e que o “layout” dos documentos das diversas filiais espalhadas pelo país é semelhante, sendo que são obrigatórios dados específicos de identificação do remetente. Cita e transcreve o art. 142, I do RICMS/BA, onde está estabelecido que o adquirente tem o dever de exigir do contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico, além das demais obrigações previstas na legislação.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

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.

No tocante à alegação defensiva de que a ITA DISTRIBUIDORA e a PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÉUTICOS S/A agiram com ardil, e que o autuante desconsiderou tal fato para responsabilizar a impugnante, observo que na situação presente todas as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas por sociedades empresárias localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que, conforme será adiante explanado, denunciaram o Convênio ICMS 76/94. Por conseguinte, resta caracterizada a sujeição passiva do autuado, de vez as empresas localizadas

em tais unidades federadas estão desobrigadas de proceder à retenção e ao recolhimento do imposto, cabendo tão somente ao destinatário fazê-lo, na condição de contribuinte substituto, conforme previsto na legislação estadual da Bahia. Igualmente, considerações de natureza subjetiva, a exemplo de ardil, não cabem na aplicação das normas impositivas de obrigações tributárias.

Observo que os números dos canhotos de recebimento de fls. 64 a 87 não guardam exata correspondência com a numeração das notas fiscais de fls. 133 a 179, tampouco com aquelas citadas nos demonstrativos de fls. 88 a 132, muito embora indiquem intensa movimentação comercial entre o autuado e a ITA REPRESENTAÇÕES. Assim, a inexistência de inscrição “TRANSBORDO em Salvador” em algumas notas fiscais, bem como a falta de carimbos de postos fiscais localizados no trajeto entre os estados em que se localizam os remetentes e a Bahia não afastam a legitimidade passiva do autuado, pois os outros meios de prova carreados aos autos (notas fiscais, livro Registro de Entradas de Mercadorias, demonstrativos e canhotos de recebimentos) indicam que o contribuinte efetivamente adquiriu os medicamentos através de operações interestaduais.

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 subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

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 no 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 subsequentes, 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 operações designadas nas cópias de notas fiscais de fls. 133 a 179 e demonstrativos de fls. 88 a 132, nas quais o destinatário tinha por obrigação efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nos moldes dos supracitados artigos do RICMS/BA.

No tocante ao pedido de diligência, não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos cometidos pelo autuante que ensejam qualquer pedido de esclarecimento técnico. Consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendant para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos. Conforme disposto no art. 150, II do RPAF/BA, a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos, por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Não há necessidade de requisitar laudo “por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada” para fornecer opinião sobre se os documentos emitidos no Estado da Bahia são semelhantes aos de

Minas Gerais e São Paulo.

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 **284119.0023/08-1**, lavrado contra **FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 21.674,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR