

**A. I. N°** - 273307.0005/08-9  
**AUTUADO** - FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LTDA.  
**AUTUANTE** - LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 28.10.09

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0367-04/09**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com medicamentos originários de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94 o destinatário localizado neste Estado signatário do citado Convênio é responsável pelo pagamento do imposto por antecipação. Não comprovada a alegação de que as compras foram realizadas em estabelecimentos localizados neste Estado. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 24/07/08, exige ICMS no valor de R\$58.000,60, acrescido de multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos que adquiriu produtos farmacêuticos de empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária do imposto, conforme notas fiscais relacionadas nos arquivos magnéticos (Convênio ICMS 57/95) e cópia de notas fiscais juntadas ao processo.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 318 a 338), inicialmente discorre sobre a infração e suscita a nulidade do Auto de Infração pelos motivos que passou a expor.

Afirma que em 27/08/08 solicitou que lhe fosse entregue cópia de todos os documentos que integram o processo para que pudesse exercer o seu direito de defesa nos termos do art. 18, II do RPAF/BA, que transcreveu à fl. 321.

Por erro de direito e ilegitimidade passiva, por entender que o autuante presumiu que os atos praticados pelas empresas PROFARMA implicaria na responsabilidade tributária por ele, no recolhimento da antecipação tributária, por supostas aquisições de medicamentos nos Estados de Minas Gerais e São Paulo. Alega que adquiriu as mercadorias junto à PROFARMA em Salvador, subentendendo que tais mercadorias já se encontravam substituídas, nos termos do art. 371 do RICMS/BA (fl. 321) e só no momento das ações fiscais se deu conta de que o tributo não havia sido retido pelos fornecedores.

Chama a atenção que algumas notas fiscais da PROFARMA constam transbordo pela inscrição do estabelecimento localizado em Salvador, porém, não constam terem passado por postos fiscais do percurso, com ausência de carimbos, inclusive transitaria por Feira de Santana, o que “demonstra que tais mercadorias não partiram de Minas Gerais ou São Paulo, mas das próprias Distribuidoras com a mercadoria já internalizada no território baiano”. Afirma que comprou mercadorias já internalizadas neste Estado, carecendo de provas de que as mercadorias adquiridas partiram de outros Estados.

Questiona que é simples permitir que a PROFARMA atue e continue atuando dessa forma no mercado e o FISCO passe a exigir ICMS antecipado dele que foi vítima na situação.

Ressalta que os artigos 28, §4º, II e 41, II do RPAF/BA determina que o Auto de Infração far-se-á acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pela fiscalização acompanhadas das provas necessárias à demonstração do fato argüido e não tendo “como se demonstrar com certeza a ocorrência do fato gerador” impõe-se a aplicação do disposto no art. 18, IV, “a” do mencionado diploma legal, decretando a nulidade do lançamento por ausência de elementos suficientes para se determinar a infração e o infrator.

Atenta que o lançamento é ato vinculado (art. 142 CTN), subordinado aos pressupostos materiais e processuais em conformidade com a Lei, sendo necessário determinar a matéria tributável e prova, sob pena de configurar ato discricionário desprovido de validade.

Transcreve parte de texto de autoria dos doutrinadores Ives Gandra da Silva Martins, Rubens Gomes de Souza e Estevão Horvath, Alberto Xavier, abordando a presunção de legitimidade do ato administrativo, onde afirma que o ônus da prova cabe a quem acusa não podendo ser transferida ao sujeito passivo da respectiva obrigação tributária.

No seu entendimento, o Auto de Infração é fundamentado em falsa indicação de que as mercadorias objeto da autuação foram adquiridas em outros Estados, quando na verdade foi adquirida da PROFARMA situada neste Estado, cujo imposto já deveria ter sido recolhido por antecipação por ela, acarretando a nulidade do ato administrativo, por erro de direito, não passível de retificação do lançamento, conforme decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, com a aplicação da Súmula 400.

Invoca também que o erro de direito cometido pela fiscalização também acarreta a nulidade do ato administrativo por afronta ao princípio da legalidade, inexistência de fundamento jurídico para dar-lhes o devido embasamento legal (art. 37 da CF), exigidos na forma da lei, sob pena de ser inconstitucional e ilegal a sua cobrança mediante atividade administrativa vinculada do lançamento (artigos 150, I e 5º, II da CF/88, e art. 97, I, § Único do art. 142 do CTN).

Afirma que tais exigências objetivam garantir efetivação de lançamento com base nas normas jurídicas vigentes, e na situação presente eivado de nulidade por ser lavrado Auto de Infração contra a empresa substituída, praticado sem o arcabouço da legalidade em vista do erro de direito cometido. Transcreve trechos de autoria de Gilberto de Ulhôa Canto, ementas de decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes (fl. 281), para reforçar o seu posicionamento quanto à atividade administrativa vinculada, motivação e legalidade do procedimento administrativo.

Destaca que um dos elementos necessários ao lançamento tributário como ato administrativo é a motivação, pela descrição exata e precisa dos motivos de fato e de direito que lhe serviram de fundamento e que a falta deles resulta em ato administrativo imotivado acarretando de nulidade insanável. Transcreve trecho de autoria dos professores Eurico Marcos Diniz Santi, Gilberto de Ulhôa Canto e de Acórdão do Tribunal Constitucional da Espanha que abordam a falta de motivação e conseqüente nulidade do lançamento.

Requer que seja deferida diligência ou perícia fiscal por auditor fiscal estranho ao feito, para que seja verificada junto à PROFARMA, neste Estado, se os documentos fiscais emitidos por Minas Gerais e São Paulo são semelhantes aos emitidos pelas filiais localizadas neste Estado? Tudo para que reste demonstrar que as mercadorias foram adquiridas e enviadas já internalizadas no território baiano, quando já deveriam estar com o imposto antecipado.

Discorre sobre a finalidade de diligência ou perícia determinada para compor a prova dos fatos, objetivando formar a convicção dos julgadores na apreciação da matéria. Ressalta que o contribuinte também tem esse direito, para que se esclareçam pontos, feita por especialistas em determinadas matéria e requeridas antes do julgamento de primeira instância. Ressalta que a negação da realização de perícia ou diligência deve ser fundamentada (art. 123, Parágrafo Único do COTEB-LEI 3.956/81, art. 49, do RPAF/BA, artigos 420, e seguintes, do CPC).

Finaliza requerendo o acolhimento da preliminar de nulidade da ação fiscal, bem como deferida a diligência, por fiscal estranho ao feito, tudo por ser de direito e justiça.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 353/357) inicialmente discorre sobre a infração, alegações defensivas e nulidades requeridas, e passa a contestá-las conforme expôs.

Com relação à nulidade suscitada sob alegação de cerceamento de direito de defesa, afirma que não deve prosperar, visto que o Termo de Início de Fiscalização, Termo de Arrecadação de livros e documentos, planilhas foram juntadas às fls. 11 a 88, inclusive “também foram entregues ao contribuinte, conforme recibo à fl. 88, onde constam as informações referentes à base de cálculo e apuração do ICMS antecipação tributária devido por item, atendendo plenamente o previsto no art. 39 do RPAF”.

Diz que para que não paire dúvidas sobre o cálculo do ICMS devido por antecipação, descreve o cálculo do ICMS, os itens contidos em cada coluna do demonstrativo (CNPJ, produto, CFOP, alíquotas, PMC, MVA, desconto, base de cálculos da antecipação e reduzida, cálculo do ICMS-ST). Informa que na última coluna, foi indicado o método utilizado para definir a base de cálculo: MVA ou PMC.

Ressalta que além do relatório analítico apurando o ICMS devido por nota fiscal, consta no Auto de Infração também um relatório sintético totalizando os valores possibilitando ao autuado entender como foi apurada a base de cálculo do lançamento, cuja cópia também foi entregue ao contribuinte conforme recibo passado à fl. 10.

Com relação às cópias das notas fiscais juntadas ao processo, esclarece que foram legalmente requeridas e entregues diretamente pela PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A. localizada nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que é fornecedor habitual do estabelecimento autuado, juntamente com os arquivos magnéticos, nos termos do Convênio ICMS 57/95, relativo a mercadorias compatíveis com o seu ramo de atividade o que reforça a prova material de aquisição das mercadorias.

Ressalta que o CONSEF em reiteradas decisões tem acatado que as notas fiscais destinadas a determinado contribuinte são provas bastantes da realização de operações a elas referentes, não havendo necessidade de juntada de outras provas pela fiscalização, a não ser as próprias notas fiscais, a exemplo dos Acórdãos CJF 0256-12/04; 0075-12/05; 0109-11/07 e 0128-12/07. Transcreve parte do voto exarado no Acórdão CJF 0109-11/07 para reforçar o seu entendimento de que as notas fiscais coletadas pelo Fisco junto ao fornecedor são provas suficientes da realização da operação mercantil.

Argumenta que cabe ao destinatário das mercadorias demonstrar que não realizou tais aquisições pelos meios de que dispunha, a exemplo do citado voto, salientando que não foi apresentado qualquer elemento que evidenciasse falta de legalidade dos documentos fiscais em questão e que ao teor do art. 143 do RPAF/BA, a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Diz que resta patente que o autuado é uma empresa comercial varejista, contribuinte do imposto e não apontou qualquer erro na sua peça impugnatória e na metodologia aplicada, bem como desnecessária o pedido de diligência ou perícia.

Ressalta que de acordo com o disposto no art. 143 do RPAF/BA, a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Finaliza afirmando que a defesa é desprovida de fatos concretos que possam desconstituir a ação fiscal e convencido da irregularidade cometida pelo autuado, ratifica a ação fiscal e requer a procedência do Auto de Infração.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 361) para que fosse providenciada a entrega de cópia de todas as notas fiscais juntadas ao processo e fosse reaberto o prazo de defesa, o que foi feito pela repartição fazendária, conforme documentos juntados às fls. 363/366.

O autuado manifestou-se às fls. 367/380, inicialmente tece comentários sobre os documentos que lhe foram entregues, afirmando desconhecer o motivo que lhe foram entregues “tais canhotos E NOTAS FISCAIS”.

Afirma que nunca negou que tenha adquirido ou recebido as mercadorias objeto da autuação e sim que adquiriu mercadorias internalizadas no Estado conforme razões expostas na defesa.

Reitera os pedidos de nulidade formulados na defesa inicial sob o argumento de ocorreu erro de direito e ilegitimidade passiva, realização de perícia ou diligência fiscal.

O autuante presta nova informação fiscal (fls. 386/390), diz que a manifestação do autuado não apresenta nada de novo e contesta a alegação de que houve cerceamento de direito de defesa, tendo em vista que as planilhas e documentos foram entregues ao autuado com a identificação das operações que motivaram a exigência do ICMS na autuação.

Ressalta que o método utilizado para apuração da base de cálculo encontra-se no processo no relatório analítico e que o fornecedor das mercadorias foram os estabelecimentos localizados nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, conforme cópias de notas fiscais juntadas aos autos. Cita os Acórdãos CJF 0256-12/04, 075-12/05, 0109-11/07 e 0128-12/07 nos quais foram decididos que as notas fiscais destinadas aos contribuintes são provas bastantes da realização das operação a elas referentes, não havendo necessidade de juntadas de outras provas pela fiscalização. Requer a procedência do Auto de Infração.

### **VOTO**

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que não lhe foi fornecido todos os documentos juntados ao processo, o que foi contestado pelo autuante na informação fiscal indicando entrega dos demonstrativos mediante recibo às fls. 10 e 88. Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF foram entregues cópias de todas as notas fiscais juntadas ao processo e reaberto o prazo de defesa. Pelo exposto considero que o autuado tomou conhecimento de todos os elementos constantes do processo possibilitando o exercício do seu direito de defesa.

Pediu a realização de perícia fiscal ou diligência no sentido de averiguar se as notas fiscais emitidas pelos fornecedores são idênticas às emitidas pelos estabelecimentos instalados neste Estado, 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. Na situação presente foram juntados ao processo cópias das notas fiscais, canhotos de recebimento das mercadorias e demonstrativos que deram suporte a autuação, as quais foram emitidas por fornecedores localizados nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, cujas cópias foram fornecidas ao estabelecimento autuado mediante diligência determinada pelo CONSEF, com reabertura do prazo de defesa e não há necessidade de requisitar laudo "por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada" para fornecer opinião. Assim sendo, consoante o disposto no art. 147, inciso II, alínea "b", do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS por antecipação relativo às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (medicamentos).

Na defesa apresentada o impugnante não questionou os critérios de apuração do imposto e do débito apontado na autuação, limitando-se apenas a argumentar que adquiriu as mercadorias de filial do fornecedor localizado neste Estado o que foi contestado pela autuante na informação fiscal.

Com relação à alegação de que adquiriu produtos enquadrados no regime de substituição tributária da PROFARMA, que detém inscrição neste Estado e que o imposto deveria ser exigido dela, não pode ser acatada tendo em vista que as notas fiscais objeto da autuação (fls. 50/278) foram emitidas pela PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais e não pelo localizado neste Estado. Como nada foi apresentado com a defesa para provar o alegado, constitui mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Conforme 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.

Logo, cabe aos estabelecimentos localizados em outros Estados, fazer a retenção e o recolhimento do ICMS quando efetuar venda de medicamentos para estabelecimentos localizados no Estado da Bahia que é signatário do mencionado Convênio. Entretanto, o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01.11.97, dispõe sobre a não-aplicação ao Estado de São Paulo das normas contidas no Convênio ICMS 76/94.

Conforme Despacho Cotepe nº 05 de 1/03/01, o mencionado Convênio não se aplica ao Estado de Minas Gerais. Por sua vez, o Convênio 100/03 firmou adesão ao Convênio 76/94 por aquele Estado, a partir de 01/01/04, mas o Convênio 143 de 12/01/03 prorrogou a inclusão para 01/08/04 e em seguida o Convênio 68 de 13/08/04 adiou a inclusão de MG para 30/09/04 e finalmente o Convênio 83/04 adiou a inclusão de MG para 1º/01/05. Já o Despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01.01.05 o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS 76/94, ficando, portanto as empresas localizadas naquele Estados eximidas do cumprimento das regras contidas naquele Convênio.

Assim sendo, tendo os Estados de São Paulo e Minas Gerais denunciados o Convênio ICMS 76/94, não se aplica as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto às empresas localizadas naqueles Estados, ficando as aquisições interestaduais de medicamentos que é enquadrado no regime de substituição tributária, sujeitas à antecipação do ICMS pelo destinatário na condição de contribuinte substituto, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125 tudo do RICMS/BA (Cl. 1ª, §3º do Convênio ICMS 76/94).

Por isso, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o ICMS deve ser exigido do fornecedor e não do destinatário das mercadorias objeto da autuação. Além do mais, em se tratando de comercialização de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, não houve retenção do ICMS-ST no momento da aquisição e pressupõe-se que o impugnante não tributou as operações de vendas do produto, caso ocorresse, ensejaria apenas a aplicação de uma multa de caráter formal. De qualquer forma, o procedimento adotado pelo autuado implicou em não pagamento de imposto de circulação de mercadorias de direito ao Estado da Bahia.

Diante do 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 **273307.0005/08-9**, lavrado contra **FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$58.000,60**, 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, 20 de outubro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR